

Universidade de Brasília - UnB
Faculdade de Direito

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO PROCESSO LEGISLATIVO EM
SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA: UM ESTUDO A PARTIR DO MANDADO
DE SEGURANÇA N. 32.033/DF**

ISABELLA ZAFFALON MARRA

BRASÍLIA
2013

ISABELLA ZAFFALON MARRA

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO PROCESSO LEGISLATIVO EM
SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA: UM ESTUDO A PARTIR DO MANDADO
DE SEGURANÇA N. 32.033/DF**

Monografia apresentada como requisito à
obtenção do título de Bacharel em Direito pela
Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília - UnB.

Orientador: Professor Doutor Paulo Henrique
Blair de Oliveira.

BRASÍLIA

2013

ISABELLA ZAFFALON MARRA

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO PROCESSO LEGISLATIVO EM
SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA: UM ESTUDO A PARTIR DO MANDADO
DE SEGURANÇA N. 32.033/DF**

Monografia aprovada como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito pela
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, pela banca examinadora composta
por:

Professor Doutor Paulo Henrique Blair de Oliveira
Orientador

Professor Doutor Cristiano Paixão Araújo Pinto
Membro

Professora Mestre Maria Pia dos Santos Lima Guerra Dalledone
Membro

Professor Doutor Argemiro Cardoso Moreira Martins
Membro

AGRADECIMENTOS

A Deus, por tornar esse trabalho e todo o resto possível;

À minha família, por ser meu porto seguro, sempre;

A Lucas, por compartilhar comigo todos os momentos e torná-los mais felizes;

Aos meus amigos, por tornarem o caminho mais leve e divertido;

Ao Professor Paulo Blair, pela disposição e dedicação ímpares e pelo exemplo
acadêmico e profissional.

RESUMO

A presente pesquisa objetiva analisar se as decisões – liminar e final – do Supremo Tribunal Federal, ao exercer o controle de constitucionalidade do processo legislativo no Mandado de Segurança n. 32.033/DF, violaram a separação dos Poderes e o regime democrático. Buscou-se analisar as alegações do impetrante e os principais argumentos favoráveis e contrários à concessão do referido mandado utilizados pelos ministros de nossa Suprema Corte e por outros atores institucionais, quando do julgamento do mesmo. Para isso, buscou-se analisar a relação entre Direito e Política dentro de um sistema democrático, a qual é o principal pano de fundo para o estudo da relação entre os Poderes Legislativo e Judiciário, e a importância do devido processo legislativo como garantia democrática e qual seu papel no que concerne à separação dos Poderes ou, mais especificamente, onde ele se encontra no âmbito da relação entre Legislativo e Judiciário. Conclui-se que a decisão final do Supremo Tribunal Federal pela não interferência na tramitação do projeto de lei deu ao caso sua única resposta correta e que realmente as peculiaridades do caso não justificavam uma interferência do Legislativo tão acentuada quanto a de determinar a suspensão da tramitação do projeto de lei, pois viola a separação dos Poderes e o regime democrático uma interferência que, para ser justificada, precisa entrar tanto no conteúdo do projeto de lei e que, se fosse concretizada, impossibilitaria que o Legislativo – que é o espaço por excelência de deliberação dos interesses do povo – discutisse o tema.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade; Processo Legislativo; Mandado de Segurança; Poder Judiciário; Poder Legislativo; Separação dos Poderes; Regime Democrático; Direito; Política.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	06
CAPÍTULO 1.....	09
1.1 O Mandado de Segurança n. 32.033/DF.....	09
1.2 Principais argumentos favoráveis à concessão do Mandado de Segurança n. 32.033/DF.....	12
1.3 Principais argumentos contrários à concessão do Mandado de Segurança n. 32.033/DF.....	16
1.4 Reflexões iniciais sobre os argumentos suscitados no Mandado de Segurança n. 32.033/DF.....	21
CAPÍTULO 2.....	23
2.1 Exemplos de uma visão dissociativa entre controle de constitucionalidade jurisdicional e processo legislativo.....	23
2.2 Exemplos de uma visão refratária a ideia de controle de constitucionalidade jurisdicional do processo legislativo.....	30
CAPÍTULO 3.....	46
3.1 Exemplos de uma visão complexa do controle de constitucionalidade jurisdicional do processo legislativo.....	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	67

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva analisar se as decisões – liminar e final – do Supremo Tribunal Federal, ao exercer o controle de constitucionalidade do processo legislativo no Mandado de Segurança n. 32.033/DF, violaram a separação dos Poderes e o regime democrático.

O tema do controle de constitucionalidade do processo legislativo em sede de mandado de segurança, pelo menos no contexto político brasileiro, talvez nunca esteve tão em voga como hoje. E é justamente por estar tão em evidência que há a proeminente necessidade de refletirmos, uma vez mais e quantas vezes for preciso, sobre a melhor forma de vivenciarmos a separação dos Poderes no nosso país, de forma a prevenir abusos, por parte de qualquer dos Poderes, e a assegurar as garantias trazidas pelo regime democrático.

Na verdade, não há uma separação dos Poderes estanque, mas apenas uma separação de competências, que se intercalam entre competências para julgar, legislar, executar, administrar. Nesse contexto, os conflitos entre os Poderes são constantes e refletem-se de diferentes formas, entre as quais se destaca a enxurrada de mandados de segurança que atualmente chegam ao Supremo Tribunal Federal requisitando a interferência deste no Legislativo, sob a alegação de inconstitucionalidades – pelos mais diversos motivos – na tramitação de projetos de lei e emendas à Constituição¹.

Daí surge a necessidade de uma detida análise da relação entre Direito e Política dentro de um sistema democrático. Essa relação é o principal pano de fundo para estudarmos a relação entre os Poderes Legislativo e Judiciário. É preciso entendermos o que é Direito e o que é Política. Até que ponto estamos tratando de Direito? Em que momento entramos na Política? Cabe a quem tratar de Direito? Cabe a quem tratar de Política?

Por sua vez, para darmos uma resposta a essas perguntas, é de suma importância refletirmos sobre o papel do juiz diante da Constituição. O que ele deve fazer com ela? Como deve guardá-la, protegê-la? E, mais ainda, a quem pertence a Constituição?

Na mesma linha, faz-se mister refletirmos também sobre o papel do legislador perante a Constituição. A quem pertence o processo legislativo? O Legislativo pode dispor do processo legislativo como bem entender?

¹ Como exemplos citamos o MS 20.257, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ*, 99(3)/1040; o MS 24.642, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 18-06-2004; o MS 20.452/DF, Rel. Min. Aldir Passarinho, *RTJ*, 116(1)/47; o MS 21.642/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *RDA* 191/200; o MS 24.645/DF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 15-09-2003; o MS 24.593/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 08-08-2003; o MS 24.576/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 12-09-2013 e o MS 24.356/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 12-09-2013.

O devido processo legislativo é uma garantia constitucional. Diante da força normativa da Constituição, podemos dizer que o processo legislativo limita tanto o Legislativo quanto o Judiciário? A priori, as garantias democráticas tem dois lados. Por um lado, elas obrigam o Legislativo a respeitar os procedimentos consagrados pela Constituição ao mesmo tempo em que obrigam o Judiciário a zelar pelo devido processo legislativo.

Por outro, elas garantem que o Legislativo tenha um certo espaço, longe da interferência dos outros Poderes, para que possa legislar. Isto é, a garantia do devido processo legislativo também assegura a liberdade do Legislativo para tomar decisões / criar leis e emendas, desde que respeitados os procedimentos. Em outras palavras: o processo legislativo limitaria o Judiciário no sentido de este estar limitado pela própria liberdade que é garantida ao Legislativo?

A partir dessas perguntas e hipóteses, buscaremos analisar também a importância do devido processo legislativo como garantia democrática e qual seu papel no que concerne à separação dos Poderes ou, mais especificamente, onde ele se encontra no âmbito de relação entre Legislativo e Judiciário.

Para que tais objetivos sejam atingidos de modo mais concreto, nosso estudo se dará a partir da análise de um dos mais recentes e importantes casos que revelam a problemática: o do Mandado de Segurança n. 32.033/DF – que cria restrições para a criação de novos partidos políticos – a fim de que possamos, pelo menos em parte, aplicar os aprendizados teóricos no nosso contexto político e institucional, revestindo o presente trabalho de maior valor prático.

Em síntese, buscaremos refletir sobre se é ou não possível que o Supremo Tribunal Federal exerça o controle de constitucionalidade do processo legislativo em sede de mandado de segurança sem violar a separação dos Poderes e o regime democrático e como isso pode ser feito. Para, assim, podermos responder à nossa principal pergunta: no caso do Mandado de Segurança n. 32.033/DF, essa violação ocorreu ou não? O Supremo Tribunal Federal deu ao caso a resposta correta?

Assim, conheceremos a situação trazida pelo mandado de segurança em apreço, em especial as alegações do impetrante, e analisaremos os principais argumentos favoráveis e contrários à concessão do mandado utilizados pelos ministros de nossa Suprema Corte e por outros atores institucionais, quando do julgamento do mesmo.

Ressaltamos que o nosso foco não é discutir se, processualmente, o mandado de segurança é ou não o meio adequado para o exercício do controle prévio de

constitucionalidade, mas sim se essa forma de controle é ou não possível num Estado Democrático de Direito, cuja organização político-institucional é regida pela separação dos Poderes.

No primeiro capítulo, apresentaremos o Mandado de Segurança n. 32.033/DF, abordaremos os principais argumentos favoráveis e contrários à sua concessão e faremos algumas reflexões iniciais sobre os argumentos nele suscitados. No segundo capítulo, estudaremos exemplos de uma visão dissociativa entre controle de constitucionalidade jurisdicional e processo legislativo e exemplos de uma visão refratária a ideia de controle de constitucionalidade jurisdicional do processo legislativo. E por fim, no terceiro capítulo, trabalharemos com exemplos de uma visão complexa sobre o tema.

CAPÍTULO 1

1.1 O Mandado de Segurança n. 32.033/DF

Trata-se de mandado de segurança preventivo, com pedido de medida liminar, impetrado pelo senador Rodrigo Rollemberg – PSB-DF, contra a tramitação do Projeto de Lei n. 4.470/2012 (Câmara dos Deputados), atual Projeto de Lei n. 14/2013 (Senado Federal), de autoria do deputado Edinho Araújo – PMDB/SP, sob a alegação de violação do devido processo legislativo. O projeto de lei em questão visa alterar as Leis n. 9.096/95 (“Lei dos Partidos Políticos”) e n. 9.504/97 (“Lei das Eleições”) com o intuito de estabelecer “*que a migração partidária que ocorrer durante a legislatura, não importará na transferência dos recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão*”.

Foram apontadas como autoridades coatoras a Câmara dos Deputados, por ter realizado a votação do projeto, tendo sido este aprovado e enviado ao plenário do Senado Federal, e o Presidente do Senado Federal, visto que poderia vir a incluir o Projeto de Lei n. 14/2013 em pauta de votação.

Distribuído por prevenção ao Mandado de Segurança n. 32.018, o relator do processo, ministro Gilmar Mendes, em 24 de abril de 2013, deferiu a liminar para suspender a tramitação do referido projeto de lei, até o julgamento do mérito do mandado de segurança.

Posteriormente, também admitiu ao processo, na condição de *amici curiae*, o senador Pedro Taques, o deputado Federal Carlos Sampaio, o Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado, o Partido Solidariedade, o Partido Rede Sustentabilidade e o Partido Popular Socialista, decisão contra a qual foi interposto agravo regimental, que, por sua vez, teve seu provimento negado mediante o voto da maioria dos ministros.

Em 20 de junho de 2013, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do Mandado de Segurança n. 32.033/DF, decidindo, por maioria, por não conceder o mandado de segurança e cassar a liminar deferida pelo ministro Gilmar Mendes. Votaram pela concessão parcial do mandado os ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Celso de Mello. Pelo indeferimento da ordem, os ministros Teori Zavaski, que abriu a divergência, Rosa Weber, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Cármen Lúcia e Joaquim Barbosa.

Para que possamos explorar, ao longo deste trabalho, as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal na situação em apreço, faz-se necessário, primeiramente, que

conheçamos as alegações feitas pelo impetrante. Para que esse primeiro contato com os argumentos suscitados pelo caso se dê da forma mais imparcial possível, transcreveremos a síntese feita dessas alegações por um ministro que votou a favor da concessão do mandado – ministro Gilmar Mendes – e por uma ministra que votou contra – ministra Cármen Lúcia.

O ministro Gilmar Mendes, quando de sua decisão no julgamento da medida cautelar, resume os argumentos do impetrante da seguinte forma:

O impetrante alega que, logo após o julgamento da ADI 4.430 (Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, ata de julgamento publicada em 9.8.2012), que dispôs expressamente sobre o tema, houve a apresentação do referido projeto de lei (de autoria do deputado Edinho Araújo – PMDB/SP), com disposições que colidiriam com os termos da mencionada decisão desta Corte acerca da adequada interpretação de dispositivos constitucionais e legais.

Afirma, ainda, que, após ficar sem tramitação desde meados de 2012, o projeto de lei em questão passou a tramitar no ano de 2013, com aprovação rápida de adoção de regime de urgência na Câmara dos Deputados, com o nítido objetivo de prejudicar a formação de novas agremiações partidárias de oposição (em fase avançada de criação, a saber: partido “Rede” e partido “Solidariedade”), bem como a fusão de agremiações partidárias de oposição (PPS e PMN): “fusão ao final aprovada pelas agremiações em congresso ocorrido no último dia 17/04, quarta-feira”.

Assevera que se trata de uma manobra arbitrária, casuística e inconstitucional da maioria parlamentar para obstaculizar a criação de novas agremiações partidárias antes das eleições gerais de 2014, por meio de utilização inadequada do processo legislativo como forma de sufocamento da legítima mobilização das minorias parlamentares que intentariam formar novos partidos políticos (já em estado avançado e com notoriedade nacional).

Alega que, ao se permitir a migração de parlamentares para novos partidos criados, sem que com isso ocorra a transferência proporcional dos recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão, haveria, de fato, uma verdadeira barreira ou desestímulo à criação de novas agremiações políticas, em evidente frustração da norma constitucional (art. 17, caput e §3º, CF/88).

Assevera, ainda, que a proposição do referido projeto de lei é diametralmente oposta às diretrizes definidas na decisão tomada por esta Corte no recente julgamento da ADI 4.430, o que pode ser constatado por simples cotejo analítico.

Em síntese, afirma que a plausibilidade do seu direito líquido e certo consiste na demonstração do abuso de poder legislativo, o que se verificaria a partir dos seguintes aspectos: (1) tramitação de projeto de lei casuisticamente forjado para prejudicar destinatários certos e definidos na presente legislatura; (2) esvaziamento do direito fundamental à livre criação de novos partidos e do pluralismo político, nos termos em que definido pelo STF na decisão proferida na ADI 4430; (3) esmagamento e sufocamento de novos movimentos políticos; (4) quebra do princípio da igualdade entre partidos, ainda que permitida certa gradação de tratamento diferenciado; (5) discriminação indevida pela criação de parlamentares de primeira e de segunda categorias; (6) excepcionalidade do caso.

Dessa forma, o impetrante afirma ser essencial a impetração do presente writ para defender seu direito líquido e certo de “não se submeter à votação de proposta legislativa que, além de claramente ofensiva à Constituição da República, foi casuística, abusiva e ilicitamente forjada com o espúrio propósito de atingir,

especificamente, pela via da lei, determinados movimentos políticos, que se pretende esvaziar.”²

Já a ministra Cármen Lúcia, por sua vez, sintetiza os argumentos do senador Rodrigo Rollemberg do seguinte modo:

O Impetrante alega que a proposição, cuja tramitação pretende seja obstada teria

- a) constituído abuso de poder legislativo por ser resultado de atuação “casuisticamente forjada, pela maioria, para especificamente restringir direitos fundamentais de grupos políticos minoritários”;
- b) esvaziado iniciativas de lideranças políticas e grupos sociais para criação de novos partidos, o que representaria “esmagamento e sufocamento de novos movimentos políticos”;
- c) criado “diferenças materiais entre parlamentares federais eleitos para uma mesma legislatura, pois a uns seria garantido o exercício legítimo de se transferir a um novo partido político recém-fundado, enquanto para outros parlamentares (de segunda categoria), não haveria essa possibilidade, pois o direito de legítima escolha em relação à vinculação partidária com uma nova agremiação somente poderia ser exercido em condições de severas restrições e em detrimento da representatividade conquistada pelo voto”;
- d) importado em desigualdade entre partidos, pois haveria aqueles de primeira-classe com mais facilidade de “sobreviverem à fase inicial da vida partidária e de florescerem no corpo político”, diferentes de outros;
- e) contrariado o direito fundamental de liberdade de criação e transformação partidária e o princípio fundamental do pluralismo político, definido pelo Supremo Tribunal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.430/DF.

Os argumentos seriam, no dizer do Impetrante, plausíveis o suficiente a justificar a concessão da segurança, pois evidenciariam “o direito líquido e certo do autor da presente ação mandamental de, enquanto integrante do Congresso Nacional, não participar da produção de atos normativos casuisticamente concebidos para aniquilar direitos fundamentais de grupos políticos minoritários e que visivelmente conspiram, desde sua tramitação, os mandamentos centrais derivados do texto da Carta Política”.³

Conhecidos estes argumentos, podemos passar a análise dos discursos de justificação utilizados pelos ministros de nossa Suprema Corte ao julgar o Mandado de Segurança n. 32.033/DF. Conforme expusemos na introdução do presente trabalho, trabalharemos com as alegações trazidas por aqueles que votaram favoravelmente e contrariamente à concessão do mandado; a fim de que possamos, num primeiro momento, entender quais são os principais argumentos e preocupações de ambos os lados da controvérsia e, assim, consigamos enxergar o nosso problema de pesquisa sob suas mais variadas facetas e percepções. Ademais, traremos alguns argumentos de outros atores institucionais que puderam manifestar-se durante o julgamento, como os *amici curiae*, o

² Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS_32033.pdf. Acesso em: 10 set. 2013, 19:45:20.

³ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS32033CL.pdf>. Acesso em: 10 set. 2013, 19:50:20.

advogado-geral da União, o advogado-geral do Senado e a então vice-procuradora-geral da República⁴.

1.2 Principais argumentos favoráveis à concessão do Mandado de Segurança n. 32.033/DF

Entre os argumentos a favor da concessão do Mandado de Segurança n. 32.033/DF, destaca-se, em primeiro lugar, a alegação de que os parlamentares possuem direito público subjetivo de não se submeterem a processo legislativo inconstitucional. E que, assim, não se trata de interferência do Judiciário nos assuntos internos do Legislativo, mas de garantir o respeito às normas de processo legislativo constitucionalmente estabelecidas.

Em segundo lugar, que, em consonância com o artigo 60, § 4º da Constituição Federal, é direito dos parlamentares recusarem-se a participar da votação de propostas que violem cláusulas pétreas da Constituição Federal, tais como a livre criação de partidos políticos, a isonomia entre os partidos, a igualdade de oportunidades, o pluralismo político e a representatividade dos partidos políticos, como o faz o Projeto de Lei n. 14/2013 (ou n. 4.470/2012). No julgamento do mandado de segurança em exame, o ministro Gilmar Mendes disse que se pode afirmar “com tranquilidade” que “os direitos políticos, a livre criação de partidos em situação isonômica à dos demais atores e partidos envolvidos, o pluripartidarismo e o direito à participação política são cláusulas pétreas da Constituição Federal”^{5 6}. Acrescentou ainda que:

(...) ante a redação que o constituinte originário conferiu ao art. 60, § 4º as vedações materiais ao poder de reforma incidem, também, no momento do procedimento legislativo, de modo que se convolvam em espécies de limites, a um só tempo, materiais e procedimentais. Ao dispor, portanto, que não será objeto sequer de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir cláusulas pétreas, a Constituição, evidentemente, não coloca apenas limites procedimentais ou formais ao processo

⁴ A então vice-procuradora-geral da República, Deborah Duprat, divergiu da posição adotada pelo então procurador-geral da República, Roberto Gurgel, em parecer apresentado por ele no processo, o qual foi favorável à concessão do mandado de segurança. Deborah Duprat manifestou-se pelo não conhecimento – não cabimento – do mandado de segurança.

⁵ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=240979&caixaBusca=N>. Acesso em: 11 set. 2013, 20:41:28.

⁶ Para ele, “o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência sólida e já antiga sobre a qualificação dos direitos políticos fundamentais como cláusulas pétreas. Isso porque são os direitos políticos os viabilizadores do direito de participação política inerente ao regime democrático; (...) visto que os direitos políticos, que têm por principal corolário a participação política por meio da institucionalidade partidária, são considerados cláusulas pétreas da Constituição Federal de 1988, conforme esta Corte asseverou, à unanimidade, no julgamento da ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, Plenário, DJ 10.8.2006” (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS32033.pdf>. Acesso em: 11 set. 2013, 19:48:09).

legislativo, mas a ele impõe, de modo explícito, limitações de ordem material. Isso quer dizer que o parlamentar, para impetrar mandado de segurança com vistas ao trancamento da tramitação de proposição legislativa, deve fazer juízo sobre o objeto da proposta. O impetrante precisa analisar, na prática, se a PEC ou o PL veiculam matéria cuja tramitação é vedada pelo art. 60, § 4º, da CF.⁷

Em terceiro lugar, que “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece a possibilidade de avançar na análise da constitucionalidade da administração ou organização interna das Casas Legislativas” em “situações excepcionais, em que há flagrante desrespeito ao devido processo legislativo ou aos direitos e garantias fundamentais”⁸. E que a situação trazida pelo Mandado de Segurança n. 32.033/DF é excepcional, em virtude da extrema arbitrariedade da atuação legislativa, que pode ser percebida pela enorme rapidez com a qual o referido projeto de lei tramitou, em prejuízo de uma profunda reflexão e ponderação que deveria pautar uma modificação dessa dimensão na organização política nacional.

Em quarto lugar, que a tentativa casuística de modificar as regras para a criação de legendas na corrente legislatura é prejudicial às minorias políticas e, em consequência, à própria democracia:

Portanto, segundo o relator, se o projeto de lei viesse a ser aprovado, criaria uma flagrante discriminação entre parlamentares eleitos na mesma legislatura (a atual) e os que estão se mobilizando no sentido de criação, fusão ou incorporação de partidos para as próximas eleições, criando regras diferentes daquelas assentadas no julgamento da ADI 4430. “Em uma concepção majoritária de democracia, as regras que regem o processo democrático-eleitoral devem ser previsíveis e justas, de modo a viabilizar que a minoria de hoje possa eventualmente vir a se transformar em maioria no dia seguinte”, afirmou o ministro. “Sem isso, minam-se as próprias condições de legitimidade do regime democrático”. O voto ressaltou que a interpretação constitucional do STF naquela ADI teve impacto sobre atores e partidos políticos nessa legislatura. Assim, “a segurança jurídica e a isonomia exigem que qualquer nova conformação jurisprudencial ou legislativa da matéria somente sejam debatidas e produzam efeitos a partir, pelo menos, da próxima legislatura”, afirmou.⁹

Em quinto lugar, que “a lesão às cláusulas pétreas pode ser efetuada não apenas por propostas de emendas constitucionais, mas também mediante a utilização de projetos de lei. (...) Isso porque os limites materiais ao Poder Constituinte Derivado são logicamente aplicáveis ao Poder Legislativo, sob pena de se autorizar o legislador ordinário a

⁷ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS32033.pdf>. Acesso em: 12 set. 2013, 09:27:20.

⁸ Argumento utilizado pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto (Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS_32033.pdf. Acesso em: 12 set. 2013, 10:00:05).

⁹ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=240979&caixaBusca=N>. Acesso em: 12 set. 2013, 09:27:20.

alterar a Constituição naquilo que ela mesma vedou”. E que dizer que a vedação do artigo 60, § 4º da Constituição Federal “se aplica às PECs, e não aos PLs, não revela apenas desconhecimento, mas também uma interpretação incongruente e desarrazoada. Evidentemente, é mais fácil fraudar o núcleo essencial da Constituição, condensado nas cláusulas pétreas, mediante a aprovação de projetos de lei, do que por meio de emendas constitucionais, cujo processo de aprovação é mais dificultoso”.¹⁰

Em sexto lugar, que o projeto de lei afronta a interpretação constitucional dada à matéria pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4430, consistindo num “atentado do parlamento à decisão do STF”¹¹. Vejamos o que disse sobre o assunto o ministro Gilmar Mendes:

De acordo com o ministro Gilmar Mendes, o STF, ao julgar a ADI 4430, assegurou aos partidos novos, criados após a realização das últimas eleições gerais para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, considerada a representação dos deputados federais que migrem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos no momentos de sua criação. “Essa interpretação foi observada pelo sistema político nas últimas eleições municipais e, portanto, abarcou os atores políticos aos quais foi aplicada até o momento. O PLC 14/2013 parece afrontar diretamente a interpretação constitucional veiculada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4430, Rel. Min. Dias Toffoli, a qual resultou de gradual evolução da jurisprudência da Corte. A aprovação do projeto de lei em exame significará, assim, o tratamento desigual de parlamentares e partidos políticos em uma mesma legislatura. Essa interferência seria ofensiva à lealdade da concorrência democrática, afigurando-se casuística e direcionada a atores políticos específicos”, concluiu o ministro, ao deferir a liminar requerida no MS 32033.¹²

Em sétimo lugar, que a tramitação do projeto de lei, além de ser inconstitucional, violou também o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que só prevê urgência na tramitação de projetos quando houver relevância e inadiável interesse nacional; não sendo admissível a decretação de urgência quando o projeto envolver direitos fundamentais, como os direitos políticos das minorias que a proposta pretende abolir.

Em oitavo lugar, que o projeto de lei, ao restringir a liberdade material de criação partidária, acaba com a segurança jurídica proporcionada aos grupos minoritários e, sem essa segurança, não se pode falar em pluralismo.

Em nono lugar, que o controle do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário é

¹⁰ Argumento utilizado pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto (Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS_32033.pdf. Acesso em: 12 set. 2013, 10:00:05).

¹¹ Expressão utilizada pelo ministro Dias Toffoli em seu voto (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=241099&caixaBusca=N>. Acesso em: 12 set. 2013, 12:35:23).

¹² Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236927&caixaBusca=N>. Acesso em: 12 set. 2013, 12:37:49.

uma das exigências essenciais ao regime democrático, considerando que o respeito incondicional aos valores informados pela Carta Maior e, sobretudo, aos princípios sobre os quais se estrutura constitucionalmente a própria organização do Estado deve ser imposto a todos os Poderes da República. Nesse contexto, o Poder Judiciário possui uma importância institucional singular, porque a ele cabe fazer prevalecer a autoridade da Constituição Federal. Essa foi a principal linha de argumentação utilizada pelo ministro Celso de Mello em seu discurso:

“O poder, ainda que praticado no seio do Parlamento, não se exerce de forma ilimitada porque, no Estado Democrático de Direito, não há lugar para o poder absoluto e, ainda que em seu próprio domínio institucional, nenhum órgão estatal pode legitimamente pretender-se superior ou supor-se fora do alcance da autoridade suprema da Constituição da República”, ressaltou o ministro Celso de Mello.

“A intervenção do Poder Judiciário em havendo invocação de ofensa a direitos subjetivos, amparados pelo ordenamento constitucional do Estado, reveste-se de plena legitimidade constitucional, ainda que essa atuação institucional se projete na esfera do Poder Legislativo”, salientou.

Para o ministro, o comportamento do Senado Federal no caso “não pode ser tolerado, sob pena de converter-se num inaceitável instrumento opressivo de dominação política dos grupos minoritários que nele atuam, além de gerar uma inadmissível subversão do ordenamento fundado e legitimado pela própria noção de Estado Democrático de Direito, que repele qualquer desrespeito aos direitos públicos subjetivos titularizados por qualquer pessoa”.¹³

Em décimo lugar, que “com o reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição como corolário do Estado Constitucional e, conseqüentemente, com a ampliação do controle judicial de constitucionalidade, consagrou-se a ideia de que nenhum assunto, quando suscitado à luz da Constituição, poderá estar previamente excluído da apreciação judicial” e que, assim, “a discricionariedade das medidas políticas não impede o seu controle judicial”¹⁴. Esse argumento foi utilizado pelo ministro Gilmar Mendes em sua decisão concedendo a liminar, que, ainda nesse sentido, citou José Elaires Teixeira – o qual, por sua vez, elaborou estudo sobre o tema intitulado “A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal”:

Assim, ainda que uma questão tenha conteúdo político, desde que apresentada ao Judiciário na forma de uma que deva ser decidida em contraste com o texto constitucional, torna-se uma questão jurídica. Como juiz das suas atribuições e das atribuições dos demais Poderes, o Supremo Tribunal Federal está habilitado a se pronunciar sobre todo ato, ainda que político, praticado no exercício de uma competência constitucional”. (Teixeira, José Elaires Marques. A doutrina das

¹³ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=241706&caixaBusca=N>. Acesso em: 12 set. 2013, 12:37:49.

¹⁴ Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS_32033.pdf. Acesso em: 12 set. 2013, 13:00:00.

questões políticas no Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Fabris Editor, 2005, p. 229).¹⁵

Em décimo primeiro lugar, que, em casos como o aqui em destaque, trata-se de “uma utilização especial do mandado de segurança, não exatamente para assegurar direito líquido e certo de parlamentar, mas para resolver peculiar conflito de atribuições ou “conflito entre órgãos””¹⁶, que tem sido admitida pela jurisprudência de nossa Suprema Corte, conforme defendido, mais uma vez, pelo ministro Gilmar Mendes:

Assim, costuma-se afirmar que, nas situações de alegada violação a premissas de validade do processo legislativo, mostra-se cabível o mandado de segurança para resguardar a regularidade jurídico-constitucional do processo político de deliberação e aprovação de leis.

De toda sorte, o fato é que, na maioria dos casos, o mandado de segurança será utilizado não como simples mecanismo de proteção de direitos fundamentais, mas de prerrogativas e atribuições institucionais e funcionais da pessoa jurídica de direito público, assumindo feição de instrumento processual apto a solucionar conflitos entre órgãos públicos, Poderes ou entre entes federativos diversos.¹⁷

Em décimo segundo lugar, que o controle preventivo é extremamente eficaz, pois extingue um ato inconstitucional antes mesmo que ele possa produzir qualquer efeito no mundo jurídico e, dessa forma, previne os transtornos que poderiam advir da necessidade de restauração do *status quo*.

1.3 Principais argumentos contrários à concessão do Mandado de Segurança n. 32.033/DF

Entre os argumentos contra a concessão do Mandado de Segurança n. 32.033/DF, destaca-se, em primeiro lugar, a alegação de que o mandado de segurança é incabível nessa hipótese: somente cabe ao Supremo Tribunal Federal manifestar-se sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de um projeto de lei ou emenda depois de sua conversão em lei, cabendo ao Legislativo conduzir a proposta. Assim, de acordo com a ministra Rosa Weber, o controle prévio da constitucionalidade de projeto de lei cabe ao próprio Poder Legislativo e, em seguida, ao Poder Executivo, que poderá exercer seu poder de veto. Só depois, se o projeto se converter em lei, poderá haver um controle de constitucionalidade pelo Supremo (“devemos dar chance e permitir que o próprio Legislativo

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Idem.*

e o Executivo exerçam o controle prévio de constitucionalidade. Uma vez efetivada a norma, aí a tarefa passa para o Judiciário”¹⁸). Ademais, não haverá prejuízo para o impetrante ou para qualquer grupo político em aguardar a promulgação da lei para só então ajuizar uma Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Em segundo lugar, mas seguindo o mesmo entendimento, que uma decisão suspendendo ou arquivando um projeto de lei ou emenda viola a separação dos Poderes – pois retira o poder democraticamente conferido ao Congresso Nacional para exercer sua função precípua, que pressupõe o livre debate – ferindo a harmonia e independência entre os Poderes. Em outros termos, afeta a capacidade de o Congresso Nacional fixar sua própria pauta legislativa, que fica subordinada a um juízo externo a respeito da constitucionalidade ou inconstitucionalidade das propostas, enquanto lhe deveria ser assegurada plenitude de espaço para a reflexão e o debate de ideias. Nesse sentido foi o voto, dentre outros, do ministro Teori Zavascki e da ministra Cármen Lúcia, respectivamente *in verbis*:

O ministro abriu a divergência sobre a matéria ao defender que não cabe ao Poder Judiciário se antecipar na análise de constitucionalidade de uma lei que está em fase de aprovação. “Não há dúvida de que a antecipada intervenção do Judiciário no processo de formação das leis retira do Poder Legislativo a prerrogativa constitucional de ele próprio, através do debate parlamentar, aperfeiçoar o projeto e, quem sabe, sanar os seus eventuais defeitos”, afirmou ao destacar que esse debate faz parte da essência da atividade parlamentar e deve ser preservado.

Para o ministro Teori, o mandado de segurança não demonstrou que haveria, no caso, ofensa a cláusula pétrea, mas questionou projeto de lei ainda em discussão e, segundo afirmou, os autores da ação não alegam na petição inicial que a tramitação desse projeto tenha descumprido alguma das exigências estabelecidas na Constituição Federal para o regular processo legislativo, e também não se alegou que ofende a nenhuma cláusula pétrea.

“O que se afirma simplesmente é que o projeto de lei tem conteúdo incompatível com o artigo 1º, inciso V, e artigo 17, *caput*, da Constituição Federal”, afirmou ele ao destacar que, com fundamento nessa exclusiva alegação de inconstitucionalidade material, pede-se ao STF para suspender a tramitação do projeto e inibir qualquer discussão ou deliberação parlamentar a respeito.

“Ora, admitir o mandado de segurança com essa finalidade significa alterar o entendimento até aqui adotado sobre essa questão do controle da atividade parlamentar pelo STF”, ressaltou ao citar jurisprudência do tribunal.

O ministro Teori fez referência ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 466. Segundo ele, o próprio Tribunal já entendeu que “o direito constitucional positivo brasileiro, ao longo de sua evolução histórica, jamais autorizou o sistema de controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade em abstrato”. Portanto, conforme asseverou, “não há possibilidade de fiscalização abstrata preventiva da legitimidade constitucional de meras proposições legislativas pelo STF”. Em outras palavras, o ministro explicou que projetos em tramitação não dão margem ao controle concentrado em tese.

O ministro Teori se mostrou preocupado com as consequências desse tipo de decisão que, segundo ele, poderá causar “a universalização do controle preventivo

¹⁸ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=241099&caixaBusca=N>. Acesso em: 15 set. 2013, 22:34:54.

de constitucionalidade em manifesto desalinhamento com o sistema estabelecido na Carta da República”.

Ele ainda destacou que é indispensável, na relação entre Direito e Política e seus correspondentes atores institucionais, que se leve em conta a necessária separação que há entre o processo para a formação da lei e o processo para a interpretação e aplicação da lei já formada.

Em sua opinião, “ainda que se reconheça a plausibilidade da alegação de inconstitucionalidade material do projeto de lei e ainda que se dê crédito à afirmação do impetrante de que a aprovação do projeto é de interesse da maioria hegemônica do Parlamento e da presidente da República, isso não justifica que se abra precedente com tão graves consequências para a relação institucional entre os poderes”.

De acordo com o voto do ministro, por mais relevante que sejam as alegações de inconstitucionalidade da proposta legislativa questionada, elas dizem respeito a tema pontual e circunstancial no cenário normativo e no contexto político. Segundo ele, esse tema pode ser enfrentado e resolvido “se e quando o projeto for transformado em lei”.

“A discussão sobre a legitimidade do controle jurisdicional preventivo da constitucionalidade de propostas legislativas tem natureza institucional de consequências transcendentais com reflexos não apenas para o caso em pauta, mas principalmente para o futuro, já que definirá um marco permanente nas relações entre os poderes da República”, enfatizou.¹⁹

A ministra Cármen Lúcia pronunciou-se, preliminarmente, pelo não conhecimento da ação. Ou seja, opinou que o STF nem mesmo deveria analisar os argumentos, uma vez que, em sua opinião, não ficou demonstrada nenhuma “exorbitância do Poder Legislativo” que justificasse a apresentação do mandado de segurança. “Nesse caso, o Congresso está no exercício de suas funções”, afirmou a ministra ao destacar que o Poder Legislativo “discutir livremente um tema que é de sua competência não é nenhuma situação que traduza insegurança a ser restabelecida por uma ordem de segurança jurídica”. (...)

Conforme destacou, “a esfera própria constitucionalmente estabelecida para discussão e deliberação da matéria é o Poder Legislativo, pois é ali que as matérias são discutidas, resolvidas e tornadas ou não normas jurídicas”. (...)

Ela ainda frisou que “não há competência do STF para adentrar competência regularmente exercida pelo Congresso Nacional quando esse esteja atuando em sua esfera de competência própria”.²⁰

Em terceiro lugar, que o controle prévio de constitucionalidade não é adotado por praticamente nenhum país do mundo, justamente por ser um instrumento que se traduz em acentuada interferência do Legislativo no Judiciário. Conforme exposto pelo ministro Joaquim Barbosa, “situações concretas de tensão entre os Poderes são corriqueiras em todas as democracias, mas não há registro histórico de Corte Constitucional que tenha impedido um parlamento de deliberar a respeito de matéria de sua estrita competência”²¹.

Em quarto lugar, que o Supremo Tribunal Federal deveria, ao julgar mandados de segurança preventivos contra a tramitação de projetos de leis ou emendas, analisar somente

¹⁹ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=241074&caixaBusca=N>. Acesso em: 15 set. 2013, 22:34:54.

²⁰ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=241706&caixaBusca=N>. Acesso em: 15 set. 2013, 23:22:12.

²¹ *Idem*.

se houve a violação ou não do processo legislativo e não adentrar no mérito do projeto, como fez ao conceder a liminar no Mandado de Segurança n. 32.033/DF. Nesse prisma, o ministro Marco Aurélio (que preliminarmente se manifestou pela não admissão do mandado de segurança) afirmou que “o projeto de lei só seria impugnável por meio desse instrumento se houvesse a inobservância do processo legislativo e de seus dispositivos regimentais, que disciplinam a tramitação, não o conteúdo” e que, no caso em apreço, “em momento algum se arguiu vício na tramitação do processo legislativo, ao contrário: a inicial sustenta que a irregularidade vem do conteúdo do projeto” e “o STF não está autorizado a julgar questão de fundo em projeto em tramitação”²².

Na mesma linha, o ministro Luiz Fux inclusive ressaltou em seu voto que supostas ofensas a cláusulas pétreas não justificam o controle prévio de constitucionalidade de projeto de lei pelo Supremo Tribunal Federal, pois a Constituição Federal outorga à Suprema Corte a última palavra sobre a constitucionalidade de projeto de lei apenas sob o prisma formal, não sendo possível o controle preventivo em razão de vício material, como ocorre nos casos de violação de cláusulas pétreas. Adicionou ainda que:

“Tutelar os direitos dos parlamentares de oposição, diversamente do que abreviar a discussão como pretende o impetrante, é permitir que os debates sejam realizados de forma republicana, transparente e com canais de participação abertos a todos os que queiram deles participar. Esse sim é o modelo de atuação legislativa legítima. (...) O grande desafio da jurisdição constitucional no estado democrático de direito é não ir além da sua missão, nem ficar aquém de seu dever.”²³

Em quinto lugar, na mesma linha do primeiro argumento exposto, que o Poder Judiciário não é a única instituição apta a interpretar a Constituição Federal e, assim, exercer um controle preventivo de constitucionalidade, cabendo também ao Poder Legislativo esse papel. Esse foi um dos pontos defendidos pela então vice-procuradora-geral da República e pelo ministro Teori Zavascki, a saber:

Ressaltando que o conteúdo do projeto é polêmico, Deborah Duprat entendeu não haver razão que justifique o controle de constitucionalidade do projeto na fase legislativa em que se encontra. A vice-procuradora-geral argumentou que cabe ao STF a última palavra em interpretação constitucional dos dispositivos legais, sendo uma decisão de grande importância, mas se trata do fim de um processo judicial. E existiriam ainda outras formas de controle constitucional. “Há hoje sentidos comuns que vêm sendo repetidos ao longo do tempo de forma até acrítica. O primeiro é que a interpretação constitucional é um monopólio dos juristas e das cortes

²² *Idem*.

²³ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=241099&caixaBusca=N>. Acesso em: 15 set. 2013, 22:25:00.

constitucionais. Na atualidade, fala-se da abertura pluralista da interpretação constitucional”, sustentou Duprat. Dentre a categoria de atores habilitados a interpretar o sentido da Constituição Federal, o Legislativo mereceria grande destaque, afirmou.²⁴

“Outra relevante consequência da prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no parlamento é a de subtrair dos outros poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que eles detêm de exercer o controle preventivo de legitimidade das normas”, disse o ministro Teori Zavascki.²⁵

Em sexto lugar, que o artigo 60, § 4º da Constituição Federal proíbe a deliberação de emendas à Constituição tendentes a abolir cláusulas pétreas, mas não de projetos de lei, visto que – nas palavras do ministro Ricardo Lewandowski – “um projeto de lei, mesmo se aprovado, não tem força de alterar as balizas constitucionais que configuram os paradigmas para o controle judicial repressivo de constitucionalidade”²⁶.

Em sétimo lugar, que “a doutrina tradicional da insindicabilidade das questões *interna corporis* sempre esteve firmada na ideia de que as Casas Legislativas, ao aprovarem os seus regimentos, estariam a disciplinar tão somente questões internas. Por isso, a violação às normas regimentais deveria como tal ser considerada. (Zagrebelsky, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Bologna, Mulino, 1979, p. 36)”²⁷. E que, sendo uma questão interna, não é passível de controle por outro Poder.

Em oitavo lugar, que a concordância da maioria dos parlamentares com a prática de um determinado ato legislativo reveste esse ato de legitimidade, mesmo que ele tenha sido praticado em desacordo com dispositivos regimentais e, na opinião de alguns, até mesmo em desacordo com dispositivos constitucionais. No caso em testilha, o requerimento para que o projeto de lei tramitasse em regime de urgência foi aprovado por maioria absoluta (259 votos favoráveis).

Em nono lugar, que, em casos como o presente, está-se diante de uma deturpação do uso do mandado de segurança, instrumento processual criado para assegurar direito líquido e certo dos impetrantes, não para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos ou para resolver conflitos de competência entre Poderes.

²⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=240387&caixaBusca=N>. Acesso em: 15 set. 2013, 22:25:00.

²⁵ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=241074&caixaBusca=N>. Acesso em: 18 set. 2013, 21:29:06.

²⁶ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=241099&caixaBusca=N>. Acesso em: 18 set. 2013, 21:30:45.

²⁷ Argumento utilizado pelo ministro Gimar Mendes em seu voto (Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS_32033.pdf. Acesso em: 12 set. 2013, 10:00:05).

1.4 Reflexões iniciais sobre os argumentos suscitados no Mandado de Segurança n. 32.033/DF

Da reflexão a respeito dos argumentos acima, percebemos que uma resposta completa para o problema de pesquisa aqui apresentado só pode ser dada em etapas. A primeira etapa consiste em responder se é ou não possível que haja um controle jurisdicional prévio dos atos legislativos sem que ocorra uma violação à separação dos Poderes e ao regime democrático. Se a resposta for afirmativa, passa-se a uma segunda etapa, na qual é preciso responder se esse controle só pode ser exercido em relação aos aspectos procedimentais do projeto de lei (ou seja, só pode zelar pelo processo legislativo constitucionalmente estabelecido ou devido processo legislativo) ou se também pode ser exercido em relação ao conteúdo / mérito da proposta. A depender dessa resposta, passa-se a analisar se o projeto de lei é inconstitucional do ponto de vista de seu conteúdo, dos procedimentos adotados em seu trâmite ou de ambos.

E aqui chegamos a um ponto crucial. O Mandado de Segurança n. 32.033/DF foi escolhido como pano de fundo deste trabalho justamente porque, a nosso ver, ao observarmos a situação trazida por ele, fica muito claro que Projeto de Lei n. 4.470/2012 (Câmara dos Deputados), atual Projeto de Lei n. 14/2013 (Senado Federal), é inconstitucional do ponto de vista de seu conteúdo.

Concordamos com o argumento de que o projeto de lei em apreço é arbitrário e casuístico e viola diversas cláusulas pétreas – por violar diversos direitos e garantias fundamentais – e que decidir a respeito da violação ou não à cláusulas pétreas é, inevitavelmente, analisar o seu conteúdo. E de que se as emendas à Constituição não podem tender a abolir cláusulas pétreas, muito menos os projetos de lei, que à elas estão subordinados no ordenamento jurídico.

Outrossim, conforme argumentado, também vislumbramos afronta à interpretação constitucional dada à matéria pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4430, bem como a vários princípios constitucionais, às minorias políticas, ao pluralismo político e à própria democracia.

Por outro lado, acreditamos que não ficou demonstrado que houve desrespeito aos procedimentos legislativos, pois a única argumentação nesse sentido foi de violação ao Regimento Interno da Câmara dos Deputados em razão de suposta adoção inadequada do regime de urgência, porém não restou claro que as premissas para adoção desse tipo de

regime realmente não estão presentes no caso, tendo o requerimento para que o projeto de lei tramitasse em regime de urgência sido aprovado pelo Plenário da Casa, por maioria absoluta (259 votos favoráveis).

Entretanto, a questão que se põe é se o fato de o projeto de lei ser claramente inconstitucional no mérito justifica uma interferência dessa gravidade do Judiciário na esfera de poder do Legislativo. Compartilhamos da visão de que a possibilidade de um controle jurisdicional prévio dos atos legislativos em relação ao seu conteúdo é – como buscaremos demonstrar – extremamente perigosa num regime democrático, pautado na separação dos Poderes, e deve ser pensada com muito cuidado.

Já em relação aos aspectos procedimentais do projeto de lei, defendemos que o devido processo legislativo é uma garantia dada pela Constituição a todos os cidadãos, inafastável em qualquer hipótese. E que, por isso, nos casos em que ele seja desrespeitado, o controle jurisdicional prévio dos atos legislativos não só pode como deve ser exercido, sem que isso importe em afronta à separação dos Poderes ou ao regime democrático.

No entanto, semelhante controvérsia enseja profundas divergências doutrinárias, razão pela qual estudaremos a seguir as principais abordagens sobre o tema, viabilizando a completa análise das nuances inerentes ao objeto deste estudo, a fim de que nossa visão seja revestida da legitimidade teórica necessária a qualquer trabalho acadêmico.

CAPÍTULO 2

2.1 Exemplos de uma visão dissociativa entre controle de constitucionalidade jurisdicional e processo legislativo

Para que a presente pesquisa seja realizada da forma mais completa possível, trabalharemos com autores que, como dito, possuem os mais diferentes pontos de vista em relação ao objeto deste estudo. Assim, percorreremos a obra daqueles que partilham de uma visão considerada menos complexa até a obra daqueles que partilham de uma visão considerada mais complexa sobre o tema, tendo em vista a percepção de Estado Democrático de Direito adotada por cada autor.

Embora não sejam os únicos exemplos de doutrinadores que possuem uma visão mais superficial do tema, destacamos aqui José Afonso da Silva e Manoel Gonçalves Ferreira Filho. O primeiro em razão de sua especial relação com a Assembleia Constituinte de 1987-1988, tendo participado da mesma como assessor jurídico. Já o segundo em razão de sua especial relação com a ditadura militar, tendo não só vivenciado esse período como efetivamente participado do governo militar.

Isto é, o estudo da obra de José Afonso da Silva é tão interessante por ser ela o melhor reflexo do pensamento daqueles que criaram a atual Constituição brasileira e que, por isso, veem nela e no ordenamento jurídico dela decorrente - por assim dizer - uma estrutura perfeitamente lógica, às vezes não tão fácil de ser enxergada, e muito menos aplicada, pelas gerações de juristas posteriores e pelos próprios cidadãos. Enquanto o interesse na obra de Manoel Gonçalves Ferreira Filho recai no fato de sua leitura da Constituição ser a partir das concepções e pressupostos da ditadura. Ou seja, este constitucionalista é um exemplo de uma mentalidade anterior a 1988 lendo a Constituição de 1988, o que, como veremos, traz alguns sérios problemas.

Primeiramente, quanto à visão de José Afonso da Silva, este possui uma *concepção estrutural de constituição*, que, em suas próprias palavras:

“(...) a considera no seu aspecto normativo, não como norma pura, mas como norma em sua conexão com a realidade social, que lhe dá o conteúdo fático e o sentido axiológico. Trata-se de um complexo, não de partes que se adicionam ou se somam, mas de elementos de membros e elementos que se enlaçam num todo unitário. O sentido jurídico de constituição não se obterá, se a apreciarmos desgarrada da totalidade da vida social, sem conexão com o conjunto da comunidade. Pois bem, certos modos de agir em sociedade transformam-se em condutas humanas valoradas historicamente e constituem-se em fundamento do existir comunitário, formando os

elementos constitucionais do grupo social, que o constituinte intui e revela como preceitos normativos fundamentais: *a constituição*.

A constituição é algo que tem, como forma, uma complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas etc.); como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, como causa criadora e recriadora, o poder que emana do povo. Não pode ser compreendida e interpretada, se não tiver em mente essa estrutura, considerada como conexão de sentido, como é tudo aquilo que integra um conjunto de valores.”²⁸

Dessa concepção, decorre que José Afonso da Silva considera que o princípio da supremacia da constituição traduz-se no fato de que esta localiza-se no topo do sistema jurídico do país, concedendo-lhe validade, e que todos os poderes estatais revestem-se de legitimidade a partir do momento em que a constituição os reconhece e na proporção em que ela os distribui. Assim, a constituição seria a lei suprema do Estado por conter sua estruturação, a organização de seus órgãos e suas normas fundamentais, sendo somente nesse aspecto que podemos notar sua superioridade em relação às outras normas jurídicas.

Dentro dessa estrutura, José Afonso da Silva coloca o que ele chama de princípio da divisão de poderes como um princípio geral do Direito Constitucional que a nossa atual Constituição, em seu art. 2º (“*são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”), adotou como um de seus princípios fundamentais. Para ele, as expressões “Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário” possuem duplo sentido, visto que expressam as funções legislativa, executiva e jurisdicional²⁹ ao mesmo tempo em que revelam os respectivos órgãos. Nesse sentido:

A divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções, menos o Judiciário (órgão ou poder Legislativo, órgão ou poder Executivo e órgão ou poder Judiciário).

(...) A divisão de poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: (a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; (b) independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independentemente dos

²⁸ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. 35 ed. rev. e atual. Malheiros Editores, 2011. Pág. 43.

²⁹ “A função legislativa consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis. A função executiva resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples execução das leis, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em função de governo, com atribuições políticas, legislativas e de decisão, e função administrativa, com suas três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público. A função jurisdicional tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesse.” (SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. 35 ed. rev. e atual. Malheiros Editores, 2011. Pág. 108.)

outros, o que postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, pois, como se vê, de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder.³⁰

Em relação ao conceito de processo legislativo, o doutrinador vê o processo legislativo simplesmente como o conjunto de atos preordenados – iniciativa legislativa, emendas, votação, sanção e veto, promulgação e publicação – realizados pelos órgãos legislativos a fim de criar normas de Direito (formar leis constitucionais, complementares e ordinárias, resoluções e decretos legislativos).³¹

Outro aspecto interessante, e um pouco controverso, do pensamento do autor é o fato dele, mesmo reconhecendo a relevância do princípio da discricionariedade do legislador, defender que uma sentença, ao reconhecer uma omissão inconstitucional, já poderia dispor normativamente sobre a matéria até que a omissão legislativa fosse sanada, o que permitiria que “o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais” fossem conciliados.³²

Na visão de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por sua vez, o processo legislativo, enquanto atividade primordial do Poder Legislativo no modelo contemporâneo de separação dos Poderes, está imerso no momento de crise pelo qual passa o Parlamento. A sua incapacidade de responder de forma eficaz e coerente às demandas da sociedade, bem como a sua fragilidade em face das pressões estruturais da sociedade civil consolidada, geraram ao longo dos anos a supressão da ideia do Poder Legislativo como principal instância de poder de uma sociedade democrática – como cunhado pela Revolução Francesa. Nessa direção, cumpre transcrever as reflexões do autor:

A supremacia do Direito, ou seja, a supremacia do justo sobre os próprios comandos do legislador, as leis, é ideia profundamente arraigada no pensamento ocidental. De longínquas origens, esse primado, de uma forma ou de outra expresso, vem pelo menos dos gregos antigos até nossos dias. E não raro na obra de autores que aparentemente o repudiam.

Todavia, as instituições vigentes, embora construídas para assegurar essa primazia, conduzem à supremacia do comando do legislador, qualquer que seja o conteúdo. De fato, a lei aparece nelas definida pelo processo de elaboração, independentemente do caráter justo ou injusto de suas disposições. O respeito à lei pode ser então o desrespeito ao direito.

(...) Entretanto, é fátuo pretender que, sendo a lei exclusivamente definida pela decisão política de uma maioria, ou até de uma minoria, todos se curvem a seu império, quando fere profundamente a imagem que cada um faz do bom e do equitativo. A politização da elaboração legislativa conduz ao desprestígio da lei; a um crime da lei; e a uma crise do próprio processo legislativo.

(...) Ora, a transitoriedade e a desvalorização da lei são extremamente daninhas para a vida social. É Burdeau quem sublinha: “A lei não tem apenas significação jurídica,

³⁰ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. 35 ed. rev. e atual. Malheiros Editores, 2011. Pág. 108-109.

³¹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. 35 ed. rev. e atual. Malheiros Editores, 2011.

³² *Idem*. Pág. 49.

tem outrossim um valor social: é um elemento de ordem e de certeza nas relações da vida de todos os dias. Independentemente das aspirações sociais e da inumana generosidade dos ideais, ela é o ponto firme, um pouco morno talvez mas indispensável à estabilidade das instituições”.

A crise da lei vem ligada à “falência” dos Parlamentos como legisladores.

É notório que os Parlamentos não dão conta das necessidades legislativas dos Estados contemporâneos; não conseguem, a tempo e a hora, gerar as que leis que os governos reclamam, que os grupos de pressão solicitam. As normas que tradicionalmente pautam o seu trabalho dão – é certo – ensejo a delongas, oportunidade a manobras e retardamentos. Com isso, os projetos se acumulam e atrasam. E esse atraso, na palavra do governo, no murmúrio da opinião pública, é a única e exclusiva razão por que os males de que sofre o povo não são aliviados.

Nem estão os Parlamentos, por sua própria organização, em condições de desempenhar, lentamente mas a contento, a função legislativa. O modo de escolha de seus membros torna-os pouco freqüentados pela ponderação e pela cultura, mas extremamente sensíveis à demagogia e à advocacia em causa própria. Os interesses não têm dificuldade em encontrar porta-vozes eloqüentes, o bem comum nem sempre os acha. Por outro lado, o seu modo de trabalhar também é inadequado às decisões que deve tomar. Como, por exemplo, estabelecer um planejamento por meio do debate parlamentar?

Ora, a incapacidade dos Parlamentos conduz à sua abdicação. Cá e lá, a delegação do Poder Legislativo, ostensiva ou disfarçada, torna-se a regra comum, apesar das proibições constitucionais. A imaginação dos constitucionalistas desvela-se em encontrar caminhos para que o Executivo possa legislar enquanto os magistrados olham para outro lado a fim de não verem as violações à Constituição. Mais ainda, desistindo de remar contra a corrente, Constituições recentes, como a francesa de 1958, a brasileira de 1967, dão ao Executivo verdadeiro poder legislativo autônomo.

Com isso se esboroa a “separação de poderes”. Com isso não se instaura a tirania?

“Quando na mesma pessoa ou corpo de magistrados o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade, porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente”.

A lição de Montesquieu terá perdido sua razão de ser?³³

Para ele, nesse contexto de crise do Legislativo não só o Executivo, mas também o Judiciário assumiu papel preponderante no processo de tomada de decisões fundamentais da sociedade. No caso dos juízes, esse aspecto tornou-se mais significativo com o avanço do controle de constitucionalidade, matéria na qual há um progressivo obscurecimento do Legislativo.

O controle de constitucionalidade, para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, está diretamente relacionado com o problema do conteúdo da lei, que foi ignorado pelo Direito Constitucional clássico, para quem era óbvio que a lei era regra de direito e somente de direito, da mesma forma que o Direito era proveniente da razão, na medida em que era a própria aplicação da razão às relações dos homens uns com os outros. Assim, o constituinte de 1787 ou 1789 jamais imaginou que os representantes da Nação pudessem querer criar leis que não traduzissem a opinião da comunidade sobre o justo (que não fossem uma arbitragem

³³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. Pág. 36-37.

racional de interesses) ou, colocando de outra forma, que pudessem impor seus caprichos ou interesses por meio de leis.

Em razão disso, tratou de estabelecer um procedimento para a formação das leis, mas não sua matéria legal. Por isso que, no âmbito do Direito positivo, o fato de um ato poder ser ou não tido como lei depende unicamente do modo pelo qual foi formado. “A definição formal de lei se tornou a única possível, embora tautológica. De fato, que é a lei, à luz do sistema constitucional clássico, senão um ato elaborado de acordo com o procedimento que a Constituição prevê para a adoção de leis?”³⁴.

Ademais, a presunção de que a vontade dos representantes equivale à vontade da Nação, sendo aquela sempre a expressão pura e simples dessa, faz com que se exima de responsabilidade pessoal o parlamentar pelos atos que pratique na condição de representante. Como, sob a ótica do Direito, sua vontade não é sua, mas da Nação, as consequências maléficas que resultarem de suas ações não lhe são juridicamente imputáveis. “Não é isso um retrocesso em relação à Atenas democrática, ou mesmo em relação aos Estados europeus ao tempo das Cortes, ou equivalentes, quando o mandatário respondia, até com seus bens, por tudo o que fizesse de prejudicial aos interesses de seus mandantes?”³⁵.

Nessa perspectiva, o autor chega a afirmar que a precariedade das leis foi crescendo durante a vida das democracias e que instituições que poderiam impedir que “um impulso de opinião se traduzisse imediatamente em leis” foram extintas ou perderam toda sua força; tendo a lei deixado de presidir, como uma necessidade superior, a vida do país e transformado-se na expressão das paixões do momento.³⁶ Nesse sentido:

Desse modo, a lei atende muitas vezes aos interesses dos grupos poderosos pelo número, portanto, pelo peso de seus votos. E pode atendê-los integralmente, já que a maioria de votos num breve instante faz a lei, enquanto o reconhecimento da comunidade, a substância da *opinio juris et necessitatis*, não é logrado senão a longo prazo. Pela lei, é possível atender a um entusiasmo momentâneo, ao passo que pelo costume jamais.

Isso explica por que motivo certos grupos eleitoralmente fortes conquistam e mantêm privilégios em detrimento de outros e do próprio bom senso. Desatende, assim, totalmente o processo legislativo clássico à necessidade de conciliação, de proporção entre os interesses.³⁷

Por outro lado, o doutrinador não pensa da mesma forma em relação ao controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário. Ou seja, não acredita que os juízes, a

³⁴ *Idem*. Pág. 98.

³⁵ *Idem*. Pág. 99.

³⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

³⁷ *Idem*. Pág. 288.

pretexto de interpretar a Constituição, tornem ineficazes leis que contrariam seus preconceitos ou interesses pessoais, chegando a afirmar que “esse mal é de ocorrência improvável” e que “ademais, o risco de o juiz fazer prevalecer suas opiniões mediante a interpretação da lei é um mal sem remédio. (...) Em última análise, o que a lei dispõe é sempre o que o mais alto tribunal vê disposto na lei, qualquer que possa ser o seu sentido e alcance para os outros, para os de fora”³⁸.

Já sobre a função dos Parlamentos, Manoel Gonçalves Ferreira Filho defende a ideia destes atuarem somente como órgãos de controle político, de fiscalização do governo. Para ele, os Parlamentos são absolutamente inadequados para o desempenho da função de legislar, o que resulta na inadequação também do processo de elaboração das leis.

Por fim, apontamos, como curiosidade, que, nos termos do que ensina o constitucionalista, o processo de reforma da Constituição não se enquadra na categoria processo legislativo. Isto porque seu titular não é o Poder Legislativo, mas sim o Poder Constituinte derivado.

Todavia, o legislador constituinte brasileiro, como sabemos, incluiu essa espécie no rol do processo legislativo, com base, principalmente, em duas razões de ordem prática: a primeira que no Brasil o Poder Constituinte derivado é exercido pelo Poder Legislativo e a segunda que a estrutura procedimental de elaboração da emenda constitucional é similar à da lei ordinária.

Do acima exposto, percebemos que Manoel Gonçalves Ferreira Filho prega a chamada doutrina do “elitismo democrático”, que foi objeto de crítica, da qual compartilhamos, pelo próprio José Afonso da Silva em sua principal obra, *Curso de Direito Constitucional Positivo*:

É a doutrina do Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem “a democracia que é possível na realidade consiste no governo por uma minoria democrática, ou seja, por uma elite formada conforme a tendência democrática, renovada de acordo com o princípio democrático, imbuída do espírito democrático, voltada para o interesse popular: o bem comum”.

Esta foi também a doutrina da segurança nacional que fundamentou o constitucionalismo do regime militar que a atual Constituição suplantou. (...) É equívoco pensar que esse chamado “elitismo democrático” se contenta com a tese do governo da minoria, que se limita a sustentar um “elitismo dirigente”. Coerente com sua essência antidemocrática, o elitismo assenta-se em sua inerente desconfiança do povo, que reputa intrinsecamente incompetente. Por isso sua “democracia” sempre depende de pressupostos notoriamente elitistas, tais como os de que o povo precisa ser preparado para a democracia, de que esta pressupõe certo nível de cultura, certo amadurecimento social, certo desenvolvimento econômico, e

³⁸ *Idem*. Pág. 309.

reclama que o povo seja educado para ela, e outros semelhantes que, no fim das contas, preparam os fundamentos doutrinários do voto de qualidade e restritivo. A contradição é evidente, pois supõe que o povo deve obter tais requisitos para o exercício da democracia dentro de um regime não democrático; que as elites devem conduzi-lo a uma situação que justamente se opõe aos interesses delas e as elimina. Teremos, enfim, a singularidade de aprender a fazer democracia em um laboratório não democrático.

Ora, em verdade, a tese inverte o problema, transformando, em pressupostos da democracia, situações que devem ter como parte de seus objetivos: educação, nível de cultura, desenvolvimento, que envolva a melhoria de vida, aperfeiçoamento pessoal, enfim, tudo que se amalgama com direitos sociais, cuja realização cumpre ser garantida pelo regime democrático. Não são pressupostos desta, mas objetivos. Só numa democracia pode o povo exigí-los e alcançá-los.³⁹

Entretanto, cada um com suas peculiaridades, ambos os doutrinadores são exemplos de uma visão menos profunda a partir de um senso-comum ou, melhor, que se “elevou” a senso-comum. Eles pensam o processo legislativo como uma questão exclusivamente *interna corporis*. Ao assim refletirem sobre a natureza do processo legislativo, a eles escapa uma fundamentação deontológica do problema, conduzindo seus estudos a uma redução de complexidade que os empobrece quando em confronto com a realidade. Nesse sentido, os autores continuaram a reproduzir uma concepção extremamente restrita do processo legislativo, da separação dos Poderes e da relação entre Direito e Política.

Noutros termos, não foram capazes de romper com o pensamento daqueles que os precederam, mantendo uma visão estanque e formalista do processo legislativo. Com isso, acabaram por perder de vista o caráter verdadeiramente substancial não só do processo legislativo, como também do diálogo institucional entre as esferas de poder.

Com efeito, o processo legislativo não constitui mera sequência de atos formais tendentes à chancela da validade do ato normativo. Pelo contrário, o processo legislativo constitui arena de debate na qual as múltiplas possibilidades decisórias da comunidade são debatidas.

Nessa direção, não há nada de simplista e categórico no processo legislativo. Há em verdade, a confluência, ou melhor, a divergência de valores fundamentais da sociedade, cujo embate se desdobra, e assim deve ser entendido, em sua própria complexidade.

A ser assim, o processo legislativo não pode ser interpretado, como fazem os autores, com base no mero encadeamento formal de atos, sob pena de macular o trâmite de

³⁹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. 35 ed. rev. e atual. Malheiros Editores, 2011. Pág. 128-129.

aprovação das leis com os mesmos vícios que investiram contra o processo civil brasileiro no século XX, com intensidade e consequências obviamente muito mais gravosas.

Nesse contexto, o processo legislativo deve ser compreendido de modo a ampliar as possibilidades do debate democrático, atuando como verdadeiro instrumento de concretização dos valores institucionalizados pela Constituição Federal de 1988, despindo-se, portanto, do engessamento – refletido no pensamento dos autores – que resultou na distorção e exclusão das demandas da sociedade brasileira ao longo dos últimos séculos.

Da mesma forma, a visão dos autores sobre o princípio da separação dos Poderes, em que pese outrora ratificada pelo entendimento doutrinário dominante, não coaduna com o cenário sócio-político instaurado pelo surgimento do Estado Social de Direito após a segunda guerra mundial.

Com efeito, a dinamicidade das relações institucionais, decorrente do incremento das demandas sociais e pelo fenômeno da globalização e seus consectários, não comporta mais uma visão estanque das funções estatais, exigindo, portanto, nova teoria da separação dos Poderes.

Desse modo, a visão formal adotada pelos autores, no sentido de que a separação dos Poderes é engessada, nos termos do disposto na Constituição, deve ceder diante de uma distribuição dinâmica de funções, compatível com o atual contexto político-institucional brasileiro.

E uma das maiores dificuldades para evoluirmos nesse sentido reside no fato de que justamente a mais alta Corte de nosso país ainda utiliza reiteradamente as teorias de José Afonso da Silva e Manoel Gonçalves Ferreira Filho para solucionar as intrincadas questões constitucionais contemporâneas, como as que envolvem o controle de constitucionalidade do processo legislativo pelo Poder Judiciário. De fato, como apontado em recente pesquisa, José Afonso da Silva e Manoel Gonçalves Ferreira Filho são os dois doutrinadores mais citados nas decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade⁴⁰, o que demonstra que os senso-comuns acerca do Direito e da Política estão profundamente enraizados em nossa sociedade, o que torna extremamente complexa a solução para o problema que aqui se apresenta.

Dessa forma, o objetivo a que nos propomos na presente pesquisa requer não só adequada análise das repercussões democráticas das relações estabelecidas entre os entes

⁴⁰ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jul-06/jose-afonso-silva-doutrinador-citado-supremo-adis>. Acesso em: 25 set. 2013.

políticos, como também a reapreciação de conceitos outrora consolidados na doutrina constitucional.

2.1 Exemplos de uma visão refratária a ideia de controle de constitucionalidade jurisdicional do processo legislativo

Existem poucos doutrinadores que se dispuseram a realizar um estudo mais profundo da legislação e da relação do Legislativo com outros Poderes e que, por isso, são essenciais para o estudo do controle de constitucionalidade jurisdicional do processo legislativo. Entre eles, destacam-se Jeremy Waldron e Mark Tushnet. Apesar de serem autores estrangeiros, Waldron e Tushnet estão inseridos num contexto epistemológico que é comum a todos nós, que é o da teoria constitucional contemporânea. Ambos, como veremos a seguir, são críticos do silêncio doutrinário que conduziu à visão estanque da separação dos Poderes e do processo legislativo que vimos no capítulo anterior. Nesse contexto, é oportuno transcrever as reflexões de Waldron:

Acredito que a legislação e as legislaturas têm má fama na filosofia jurídica e política, uma fama suficientemente má para lançar dúvidas quanto a suas credenciais como fontes de direito respeitáveis. (...) não possuímos um modelo jurisprudencial capaz de compreender normativamente a legislação como forma genuína de direito, a autoridade que ela reivindica e as exigências que faz aos outros atores em um sistema jurídico.

Nosso silêncio nessa questão é ensurdecedor se comparado com a loquacidade sobre o tema dos tribunais. Não há nada sobre legislaturas ou legislação na moderna jurisprudência filosófica que seja remotamente comparável à discussão da decisão judicial. Ninguém parece ter percebido a necessidade de uma teoria ou de um tipo ideal que faça pela legislação o que o juiz-modelo de Ronald Dworkin, “Hércules”, pretende fazer pelo raciocínio adjudicatório.⁴¹

Esse silêncio dos juristas em relação ao Poder Legislativo permite que as perspectivas vigentes na sociedade sejam absorvidas sem prévia e apropriada análise. Com isso, a partir do momento em que determinada instituição não é submetida à adequada reflexão crítica pelos juristas, o ponto de partida das análises passa a ser o senso-comum, conforme demonstrado no capítulo anterior.

E mais, semelhante lacuna vicia o próprio processo metodológico do jurista, estabelecendo premissas equivocadas que desbordam, em última instância, em resultados

⁴¹ WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação* / Jeremy Waldron; tradução Luís Carlos Borges; revisão da tradução Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2003. – (Coleção justiça e direito). Pág. 1.

paradoxais que não se limitam ao equívoco científico, mas à própria conclusão material da análise.

Com efeito, os juristas, ao tempo em que adotam o senso-comum irrefletido como premissa estrutural de análise do Poder Legislativo, atuam de forma contrária no que diz respeito ao Poder Judiciário, respaldando sua análise da atuação judicial em um modelo idealista e imparcial absolutamente desvinculado da noção de balcão de negócios que hodiernamente se atribui ao Parlamento.

Bem se vê que são empregados pressupostos diferentes, com valorações opostas, na observação dos Poderes Legislativo e Judiciário, consubstanciando verdadeiro embate entre a visão idealista deste e realista daquele. Waldron acredita que o legislador, apesar de representante do povo, nem sempre vai tomar a decisão correta ou a que realmente traduz a vontade do mesmo. Ele, como qualquer outro ser humano, está sujeito ao erro. Por outro lado, também o juiz está. E é justamente isto que a visão restritiva tende a esquecer ou, em outras palavras, que o autor quer que os juristas lembrem.

De fato, percebemos, especialmente na realidade brasileira, que as pessoas enxergam o processo legislativo como uma negociata ou troca de favores e interesses, o que é intensificado pelo silêncio doutrinário. Nesse sentido, é o pensamento de Jeremy Waldron:

(...) Não apenas não temos os modelos de legislação normativos ou aspiratórios de que precisamos, mas a nossa jurisprudência está repleta de imagens que apresentam a atividade legislativa comum como negociata, troca de favores, manobras de assistência mútua, intriga por interesses e procedimentos eleitoreiros – na verdade, como qualquer coisa, menos decisão política com princípios. E há razão para isso. Pintamos a legislação com essas cores soturnas para dar credibilidade à ideia de revisão judicial (isto é, revisão judicial da legislação, sob autoridade de uma carta de direitos) e ao silêncio que, de outra maneira, seria o nosso embaraço quanto às dificuldades democráticas ou “contramajoritárias” que, às vezes, pensamos que a revisão judicial implica.

Construímos, então, um retrato idealizado do julgar e o emolduramos junto com o retrato de má fama do legislar. Os cientistas políticos sabem mais do que isso, naturalmente. Ao contrário dos professores de Direito, eles têm a boa vontade de combinar um modelo cético de legislação com um modelo igualmente cético de adjudicação de recurso e do Supremo Tribunal.

(...) Quero que vejamos o processo de legislação – na sua melhor forma – como algo assim: os representantes da comunidade unindo-se para estabelecer solene e explicitamente esquemas e medidas comuns, que se podem sustentar em nome de todos eles, e fazendo-o de uma maneira que reconheça abertamente e respeite (em vez de ocultar) as inevitáveis diferenças de opinião e princípio entre eles. Esse é o tipo de compreensão da legislação que eu gostaria de cultivar. E penso que, se capturássemos isso com a nossa imagem de legislação, haveria, por sua vez, uma saudável diferença no nosso conceito geral de direito.⁴²

⁴² *Idem*. Pág. 2-3.

Disso decorre a perda de legitimidade e credibilidade da atividade legislativa ou, nos termos de Waldron, a indignidade da legislação, abrindo espaço para uma exacerbada interferência do Poder Judiciário no Legislativo, como verdadeiro superego da sociedade, conforme as reflexões de Ingeborg Maus:

Não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação, a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, principalmente no continente europeu após as duas guerras mundiais. Acompanha essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa. Em face desse fenômeno, somente em poucos países ainda é possível identificar uma discussão que envolva posições de ‘esquerda’ e de ‘direita’ entre os juristas. Assim é que hoje em dia, em países como Finlândia e Inglaterra, onde a articulação do processo político realiza-se sem qualquer controle jurisdicional da constitucionalidade, os de direita tentam introduzir este controle, enquanto os de esquerda investem todos os esforços argumentativos para obstaculizá-lo. A República Federal da Alemanha, como é sabido, não se soma a esses poucos países. Qualquer crítica sobre a jurisdição constitucional atrai para si a suspeita de localizar-se fora da democracia e do Estado de direito, sendo tratada pela esquerda como uma posição exótica.⁴³

Nessa perspectiva, nota-se que se consolidou na sociedade, com a chancela dos juristas, a noção de que o Parlamento, enquanto mecanismo de acomodação de interesses partidários e majoritários, não é o espaço adequado para a tomada de decisões fundamentais da coletividade, não estando apto para solucionar os problemas mais graves e sérios da sociedade, especialmente no que toca aos direitos humanos.

Há, em verdade, a aceitação generalizada da ideia de que o Poder Legislativo, ao contrário dos magistrados, encontra-se aquém, em termos morais, da tarefa de conduzir os interesses da comunidade em sentido viável e constitucionalmente adequado. Neste ponto, é inevitável perceber que as próprias premissas desse pensamento resultam de posicionamentos morais irrefletidos da sociedade. Com efeito, o “pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter”⁴⁴.

Nessa direção, apenas a produção judiciária - e não a legislativa - se ligaria a valores como “direito”, “justiça”, “legalidade” e “estado de direito”. Com isso, ressalta-se a ideia não só de que a lei só assume essa condição quando aplicada pelos Tribunais, como

⁴³ MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisdicional na “sociedade órfã”*. In: Novos Estudos nº 58 (novembro de 2000). Pág. 185.

⁴⁴ WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação* / Jeremy Waldron; tradução Luís Carlos Borges; revisão da tradução Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2003. – (Coleção justiça e direito). Pág. 5.

também de que o Parlamento não é a arena adequada para tratar acertadamente de questões envolvendo noções de tamanha sensibilidade.

Semelhante comportamento, sedimentado sem prévia e detida análise, conduz a diversas outras percepções que obstam a atuação do Poder Legislativo, tomando como pressupostos absolutos conclusões decorrentes tão somente de aparências da experiência política. Nessa linha, não é difícil notar que a população constantemente atrela a larga produção legislativa, resultado das próprias demandas de várias parcelas da sociedade, a capricho do legislador que inadvertidamente incorreria em vício de constitucionalidade.

A visão de Poder Legislativo combatida por Waldron, baseada no senso-comum, acaba por atribuir à legislação exagerada, decorrente de pressões exercidas pela própria sociedade, carga de inconstitucionalidade que encontra justificativa apriorística no próprio preconceito formulado a respeito do Parlamento. Ou seja, por esse pensamento, o número elevado de leis significaria que muitas delas possuem vícios de constitucionalidade, o que demandaria uma incisiva atuação do Poder Judiciário.

Ademais, outra percepção que obsta, em parte, a atividade legislativa é a de que os dissensos, inerentes ao Parlamento, não são algo positivo para a construção de uma sociedade institucionalmente bem desenvolvida, especialmente se essas discordâncias se derem de forma enérgica e acirrada entre parlamentares, passando impressão de desordem. Entretanto, temos que lembrar que a possibilidade do intenso debate é justamente a marca de uma sociedade democrática, inclusiva e que preza pela liberdade, conforme nos alerta Waldron, ao interpretar Maquiavel:

Maquiavel nos preveniu, quase quinhentos anos atrás, que não nos deixássemos lograr e pensar que a calma e a solenidade são a marca de uma boa política, e que o barulho e o conflito são sintoma de patologia política. “Boas leis”, disse ele, podem surgir “desses tumultos que muitos maldizem inconsideradamente”. E prosseguiu: “Para mim, parece que os que maldizem os tumultos entre os nobres e os plebeus culpam as coisas que foram a primeira causa da manutenção da liberdade de Roma e que consideram mais os ruídos e os gritos que surgem em tais tumultos do que os bons efeitos que engendraram”. Devemos, disse ele, observar o que o conflito, o tumulto e os números podem fazer pela liberdade e não ficar facilmente desconcertados com a atmosfera barulhenta, fedorenta ou repugnante da assembleia popular.(...)

Somos muitos, e discordamos a respeito da justiça. A maneira como pensamos sobre tal discordância determinará a maneira como pensamos sobre a política. E, como o direito é fruto da política, a maneira como pensamos sobre essa discordância determinará, em certa medida, a maneira como pensamos sobre o direito positivo.⁴⁵

⁴⁵ *Idem*. Pág. 41-43.

Waldron também traz a ideia de que a política legislativa é o “fórum primário em que ocorrem o nosso pensamento e a nossa discordância sobre justiça”. Noutros termos, é onde discutimos e discordamos sobre a justiça e temos a oportunidade de repensá-la, daí a importância atribuída à legislatura. Um direito estabelecido e aplicado como de toda sociedade, apesar das opiniões individuais em relação ao que ele constitui, só é possível “por meio da deliberação que se coloque crivelmente em nome de todos nós, deliberação que confronte as nossas diferenças em público e estabeleça uma opinião comum como uma questão de escolha social”⁴⁶. Para Waldron, o “direito deve ser visto como fruto da política, diga a jurisprudência o que disser”⁴⁷.

Obviamente, o autor não ignora que a centralidade da legislatura acarreta uma série de desconfortos ao cidadão, que se vê obrigado a compartilhar diariamente de valores que discorda, em prol da efetividade do debate empreendido na arena política. Contudo, o autor afirma, com respaldo nas teorizações de John Locke, que é justamente esse desconforto que fortalece e potencializa as possibilidades do sistema democrático:

(...) a questão do que nós, como sociedade, devemos fazer a respeito do fato de que pessoas como eu discordam com outras na sociedade a respeito de questões sobre as quais precisamos de uma opinião comum. Essa é a lógica da legislação. Não é uma lógica com a qual seja fácil viver, pois ela acarreta que, por boa parte do tempo, estaremos envolvidos – ou, pelo menos, teremos nosso nome associado a isso – no compartilhamento e na implementação de uma opinião sobre a justiça que não é nossa. Ainda sim, fico feliz em concluir que foi precisamente no reconhecimento dessa perspectiva, e não – como no caso de Rawls – na negação dela, que John Locke estava preparado para dizer a respeito da legislatura: “Este é o espírito que dá forma, vida e unidade à comunidade: é por isso que os vários membros [da sociedade] têm a influência, a solidariedade e a ligação mútuas.”⁴⁸

Outrossim, também de modo a sustentar a importância da legislatura, reiteradamente negligenciada pela doutrina tradicional, Waldron expõe em suas obras o que ele chama de “doutrina da sabedoria da multidão”, que consiste na comparação entre o direito à soberania do povo em geral (o corpo geral dos cidadãos) com o direito à soberania de um indivíduo. Para ele, mesmo que o indivíduo seja mais capaz, melhor e mais sábio que todos os outros cidadãos, ainda podemos dizer que o direito do povo prevalece. Senão, vejamos:

Embora, na consideração de indivíduo por indivíduo, cada um do povo seja inferior ao melhor homem, na consideração como um corpo capaz de deliberação coletiva, o povo pode tomar decisões melhores, mais sábias e mais capazes. Pois ele tem o

⁴⁶ *Idem*. Pág. 109.

⁴⁷ *Idem*. Pág. 201.

⁴⁸ *Idem*. Pág. 111.

benefício do conhecimento da experiência, do juízo e do discernimento de cada pessoa – que pode ser sintetizado no conhecimento, na experiência, no juízo e no discernimento coletivos –, ao passo que o único melhor homem só pode valer-se dos seus recursos individuais.⁴⁹

Esse argumento a favor da multidão e do sufrágio democrático pode ser utilizado não apenas contra o poder real, mas também contra a aristocracia. E, assim, semelhante raciocínio pode ser aplicado, ainda que por analogia, para se defender a legitimidade dos Parlamentos, órgãos de representação do povo, em detrimento das Cortes Constitucionais, órgãos cujos pouquíssimos membros são, de forma geral, pertencentes às elites.

Waldron demonstra, ainda, uma preocupação em discutir o modo pelo qual as proposições que são colocadas diante da legislatura ganham autoridade jurídica. Apesar das solenidades que envolvem os procedimentos legislativos, elas adquirem essa autoridade por meio de uma votação, ou seja, de uma decisão majoritária que, em última instância, é “uma determinação puramente estatística do fato de haver mais membros a favor do projeto de lei do que contra ele. Os projetos de lei não se investem de autoridade jurídica pela razão; impõe-se como autoridade com nada mais crível do que os números a seu lado”⁵⁰.

Embora assim seja, o autor defende que o princípio majoritário não retira, por si só, a dignidade da legislação, tendo em vista que diversas decisões importantes do Estado, inclusive no âmbito do Poder Judiciário, são tomadas dessa forma, isto é, por meio do mesmo método de decisão. Desse modo, a acusação de arbitrariedade feita ao processo legislativo com base no uso da técnica de decisão majoritária recai também sobre o processo de decisão judicial, que também pode ter seus entendimentos modificados em razão de mudanças de composição.

Perceba, portanto, que o método de decisão majoritária torna-se elemento preponderante que incrementa os equívocos na legislatura apenas quando esta é considerada no paradigma tradicional suscitado no capítulo anterior, bem como quando o Poder Judiciário é visto de forma abstrata – como órgão imparcial e alheio à política partidária. Nesse sentido caminha o entendimento de Jeremy Waldron:

A acusação da arbitrariedade tem vários enquadramentos no que diz respeito à legislação. A acusação mais importante contrasta um processo arbitrário com um processo arrazoado em um contexto em que a razão é necessária por causa dos altos riscos de política, moralidade e justiça envolvidos. As questões que a legislação

⁴⁹ *Idem*. Pág. 115.

⁵⁰ *Idem*. Pág. 154.

enfrenta são questões em que importantes interesses individuais estão sendo equilibrados e, se não houver cuidado, há risco de que alguns sejam oprimidos ou tratados injustamente. Contudo, votar – contar cabeças – parece justamente o oposto do tipo de cuidado que a justiça exige. Outras preocupações têm relação com a inconstância e a incoerência da lei resultantes do avanço e do recuo das facções parlamentares na luta pela superioridade numérica.⁵¹

Pergunto isto em parte porque, em questões de projeto constitucional e reforma constitucional, é importante comparar semelhante com semelhante. Estamos todos familiarizados com a maneira como a arbitrariedade da decisão majoritária no parlamento ou no congresso é citada como uma maneira de realçar a legitimidade das cartas de direito e da revisão judicial. No fim, naturalmente, é uma estratégia sem esperança para os oponentes do majoritarismo. Os próprios tribunais de recursos são, invariavelmente, corpos de múltiplos membros que geralmente discordam entre si, mesmo após deliberação. (Talvez especialmente após deliberação!) E, quando discordam, também eles tomam suas decisões por meio de votação e decisão majoritária. Cinco votos derrotam quatro no Supremo Tribunal dos Estados Unidos. A diferença, quando uma questão é deslocada da legislatura para o tribunal, é uma diferença de grupo de constituintes, não uma diferença de método de decisão. Portanto, se votar produz resultados arbitrários sob o princípio da decisão majoritária, então, boa parte do direito constitucional norte-americano é arbitrário.⁵²

Diante desse contexto, Waldron, ao estabelecer uma noção diferenciada de Poder Legislativo, parte da premissa de que não necessariamente a legislatura constitui local espúrio de troca de favores, mas sim de que o dissenso constitui parte fundamental do desenvolvimento do sistema democrático, sendo a essência da política.

Nessa direção, ao analisar o controle jurisdicional de constitucionalidade, enquanto instrumento protetor de direitos individuais, deve-se levar em consideração que, malgrado as virtudes que possam existir na atuação judicial, a legislatura constitui a instância que melhor absorve o dissenso da sociedade, processando de forma inclusiva, por meio do processo legislativo, as divergências de opinião.

Por conseguinte, o Poder Judiciário, embora vocacionado à proteção de direitos individuais, não possui instrumentos adequados para lidar de forma democrática com o dissenso inevitavelmente verificado em uma sociedade plural e tampouco possui representatividade para fazê-lo. Neste ponto, impende transcrever o entendimento de Waldron:

If there is to be judicial review of legislation in the name of individual rights, then we should understand all three elements – rights, courts, and legislation – in a way that respects the conditions of disagreement that lie at the heart of our politics. Rights are urgent issues that we disagree about. Legislation is the product of a complex deliberative process that takes disagreement seriously and that claims its

⁵¹ *Idem.* Pág. 155.

⁵² *Idem.* Pág. 156.

authority without attempting to conceal the contention and division that surrounds its enactment. Courts are also a forum for making social decisions in a context of disagreement, but though they have many advantages, they are not necessarily the most representative or the most respectful of the contending voices in the community. If we bear these things in mind, I think we will have a better understanding of law and constitutionalism than if we erect a theory of justice and a philosophy of politics on the assumption that ultimately the members of a well-ordered society be expected to agree on all serious issues of principle.⁵³

Por outro lado, ao contrário do que ocorre com o Poder Judiciário, a autoridade dos atos normativos editados pelo Poder Legislativo decorre justamente da representatividade dessa instituição, o que confere, ainda, legitimidade democrática às suas decisões. Neste ponto reside o fundamento constitucional e sistêmico associado à instituição das legislaturas, ou seja, no valor político da legitimidade democrática. Aliás, é exatamente isso o aduzido por Waldron:

The political value most naturally associated with the modern legislature and with the authority of its product – legislation as positive law – is democratic legitimacy. Not all jurists accept the association. Some disparage the democratic credentials of statutes, because they are doubtful about Parliament's or Congress's success in representing the people, or because they are bewitched by the formal difficulties of public choice theory, or because they simply do not regard democracy as anything other than a derivative or instrumental value. Still, most students of legislation figure that a claim of democratic legitimacy – if it could be sustained – would be the best one could say for the authority of a statute. The democratic and representative credentials of the legislature, such as they are, are supposed to be the best reason a court or a citizen can have for deferring to its decisions.⁵⁴

Nesse contexto, é essencial considerar que os direitos políticos não podem mais ser vistos, diante das demandas sociais contemporâneas, à luz de uma concepção estanque e meramente formal de participação nas arenas decisórias. Pelo contrário, a sociedade deve buscar mecanismos que viabilizem a efetiva construção coletiva do Estado, com canais de comunicação entre cidadãos e governantes que não mantenham aqueles alheios às decisões fundamentais.

Por decorrência lógica, a moderna concepção de direitos políticos exige a maximização do direito de participar, por meio de instâncias adequadas e inclusivas. Nesse viés, o Parlamento surge como arena que efetivamente potencializa o exercício dos direitos políticos, permitindo que o dissenso seja exercido e acomodado de forma satisfatória pela sociedade em seu ordenamento jurídico. Confira-se:

⁵³ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford Uk Print, 1999. Pág. 16-17.

⁵⁴ *Idem*. Pág. 54.

Marx believed that political rights involved collective activity not only in the way in which they were established and secured but also in the way in which they were understood and exercised. He was right about this too. That there is a collective element in the way which the rights of the citizen are understood is evident from term commonly used to describe them: the right to *participate*. To participate is ‘to take a part or share in an action...’, something which necessarily supposes that one is not the only person with a part or share in the activity in question.

There is an ambiguity here. Sometimes when we talk about the people participating in government, we mean that there is a place for involvement by ordinary people or their representatives alongside whatever other groups, classes, or individuals exercise power and authority in the state. Thus the Roman people participated in the governance of the republic through the intercession of the tribunes of the plebs; but the sharing which this ‘participation’ connotes is sharing with other non-popular elements in the republic such as the (aristocratic) Senate. Participation here means the coexistence of different modes of government in a mixed regime. However, when participating in politics is demanded these days as a human right, it usually means much more than this. The demand is not merely that there should be a popular element in government, but that the popular element should be decisive. The demand is for democracy, not just the inclusion of a democratic element in a mixed regime.

What becomes of the sharing connoted by ‘participation’ in this second more radical demand? ‘Sharing’ refers now to the fact that each individual claims the right to play this part, *along with the equal part played by all other individuals*, in the government of the society. As a right-bearer he demands that this voice be heard and that it count in public decision-making. But the form in which his demand is made – a right to participate – acknowledges on its face that his is not the only voice in the society and that his voice should count for no more in the political process than the voice of any other right-bearer. His contribution aspires, of course, to decisiveness. But the aspiration is tempered by principles of fairness and equality implied in the universalization of his claim.⁵⁵

Waldron defende que o direito à participação democrática é o direito de participar em iguais termos em quaisquer decisões sociais que envolvam direitos e princípios e não só naquelas que envolvam política social e econômica. Assim, o poder de decisão a respeito da concepção e revisão dos princípios básicos não pode ser retirado da legislatura e concedido às Cortes; visto que a legislatura é a instituição de representação do povo, por mais que seja uma instituição de representação imperfeita:

It seems likely that in a constitutional regime of the sort envisaged by Dworkin, the courts will inevitably become a major, if not the main forum for the revision and adaptation of basic rights in the face of changing circumstances and social controversies. (This is an extrapolation from the experience of constitutional politics in the United States.) I shall suggest that a theorist of rights ought to have misgivings about this prospect. For surely, the people have a right to participate in all aspects of the democratic governance of the community, a right which is quite deeply connected to the values of autonomy and responsibility that are celebrated in our commitment to other basic liberties. That right to democratic participation is a right to participate on equal terms in social decisions on issues of high principle and not just interstitial matters of social and economic policy. What is more, to the extent that there is a difference between issues of political substance and issues of political procedure, the right to participate should surely pertain to the latter as well.

⁵⁵ *Idem*. Pág. 235-236.

I shall argue that our respect for such democratic rights is called seriously into question when proposals are made to shift decisions about the conception and revision of basic principles from the legislature to the courtroom, from the people and their admittedly imperfect representative institutions to a handful of men and women, supposedly of wisdom, learning, virtue, and high principle who, it is thought, can alone be trusted to take seriously the great issues that they raise.⁵⁶

Ademais, para o autor, o *judicial review* é vulnerável ao ataque em duas frentes. Em primeiro lugar, ele não fornece, como frequentemente se alega, uma maneira pela qual uma sociedade possa claramente enfocar questões reais em jogo quando cidadãos discordam sobre direitos; pelo contrário, ele os distrai com questões secundárias sobre precedentes, textos e interpretação. Em segundo lugar, ele é politicamente ilegítimo, naquilo que diz respeito aos valores democráticos: ao privilegiar a maioria dos votos entre um pequeno número de juízes não eleitos e não responsabilizáveis, ele priva os cidadãos comuns de seus direitos e rejeita estimados princípios de representação e igualdade política na resolução de questões de direitos.⁵⁷

Dessa forma, Waldron agrega uma nova perspectiva ao estudo do Poder Legislativo, abandonando a visão tradicional, acolhedora do senso-comum, de que as legislaturas seriam instâncias inaptas a tratar de decisões fundamentais da sociedade. Nessa linha, o autor coloca o Parlamento como verdadeiramente representativo e capaz de processar o dissenso, que constitui, em última instância, a essência do sistema democrático.

Por conseguinte, o jurista ora estudado confere nova luz ao controle judicial de constitucionalidade e seus limites, visto que, ao tempo em que vislumbra o Parlamento como arena por excelência do debate democrático, reconhece as inaptidões institucionais do Poder Judiciário para lidar com o dissenso e sua falta de *accountability* para tanto. Nessa linha, Waldron refuta, ao criticar a tese de Ronald Dworkin, a percepção largamente difundida de que o *judicial review* constitui mecanismo proeminente de proteção dos direitos fundamentais no sistema democrático, defendendo a restrição das possibilidades de ingerência do Poder Judiciário na formação dos atos normativos.

Mark Tushnet, por sua vez, acredita que há boas razões para se rejeitar qualquer teoria que proclame a supremacia judicial, ao invés de focar na supremacia popular. Ele argumenta que a Constituição pertence ao povo, na medida em que todos os cidadãos agem conjuntamente e dialogam uns com os outros, seja por meio de manifestações nas ruas,

⁵⁶ *Idem*. Pág. 213.

⁵⁷ WALDRON, Jeremy. *A Essência da Oposição ao Judicial Review*. In BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luis (Org.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010. Pág. 98.

de votos ou de representantes na legislatura. Da mesma forma, também as instituições de um país pertencem a todos os seus habitantes e devem ser por eles dominadas.

Essa concepção é, para Tushnet, refletida na ideia de “populist constitucional law” ou direito constitucional popular, que é aquele direito orientado para a concretização dos princípios trazidos pela Declaração de Independência dos Estados Unidos e pelo Preâmbulo da Constituição norte-americana. Em outras palavras, é um direito comprometido com o princípio dos direitos humanos universais e baseado no auto-governo da população. Senão, vejamos:

“This country”, Abraham Lincoln said in his First Inaugural Address, “with its institutions, belongs to the people who inhabit it”. Populist constitutional law takes that to heart. And the Constitution belongs to us collectively, as we act together in political dialogue with each other – whether we act in the streets, in the voting booths, or in legislature as representatives of others.

What is populist constitutional law? Throughout this book I have described it as a law oriented to realizing the principles of the Declaration of Independence and the Constitution’s Preamble. More specifically, it is a law committed to the principle of universal human rights justifiable by reason in the service of self-government.

- Universal, because *all* men are created equal. (...)

- Human rights, because people are endowed with inalienable rights.

- Justifiable by reason, because the Declarations’ authors thought an explanation was required by a decent respect for the opinions of mankind. Similarly, the Federalist Papers, written as a political tract but transformed by history into a fundamental constitutional document, begin by noting that the prospect of adopting the Constitution opens the possibility of creating a government “by reflection and choice”.

- And in the service of self-government, because governments derive their just powers from the consent of the governed.

Populist constitutional law (...) treats constitutional law not as something in the hands of lawyers and judges but in the hand of the people themselves.⁵⁸

O autor reconhece que o povo não está comprometido com a concretização dos princípios constitucionais do modo como as Cortes entendem que ela deveria ocorrer. Se ele estivesse, os Tribunais nunca iriam precisar considerar uma lei inconstitucional. E, ainda, que certamente poderíamos esperar que erros ocorressem, mesmo se as pessoas estivessem comprometidas com os princípios da Constituição. Entretanto, ele considera que a rejeição – guiada pelo ceticismo – do direito constitucional popular é uma atitude totalmente antidemocrática. Pois se a desconfiança da população for tão grande a ponto de acharem que os princípios constitucionais não significam nada para ela nem mesmo os Tribunais podem nos salvar de nós mesmos.⁵⁹

⁵⁸ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2000. Pág. 181.

⁵⁹ *Idem*. Pág. 70-71.

Aprofundando sua teoria, Tushnet afirma que os métodos tradicionais de interpretação constitucional permitem concluir que alguns dispositivos constitucionais são auto-aplicáveis. E que, apesar de os mesmos métodos tradicionais levarem à conclusão de que nem toda a Constituição é auto-aplicável, a ideia de uma Constituição com essa característica descreve uma forma atraente de distribuir a responsabilidade constitucional – no sentido já exposto de concretização dos princípios constitucionais – por todo o governo e não somente pelas Cortes.⁶⁰

Nesse contexto, o jurista deixa claro sua oposição ao *judicial review* da forma como ele é adotado nos Estados Unidos e propõe que ele seja eliminado no futuro, chegando a defender a necessidade de criação de uma Emenda à Constituição que desarme definitivamente o jogo de forças entre o Congresso e os Tribunais e que pacifique o entendimento sobre a questão: “after all, the Supreme Court is never going to say it is going out of the business of judicial review. Judicial review is what makes the justices’ job interesting and gets their names in the newspaper. It is, in short, an important component of their power, and people with power rarely give it up willingly”⁶¹.

Nesse viés, o autor tenta avaliar o *judicial review* a partir da seguinte pergunta: o *judicial review* como uma instituição possui características que fazem com que ele seja uma parte essencial de um sistema constitucional bem-desenhado? Estudiosos constitucionais tem duas respostas básicas para essa pergunta: eles invocam a independência dos juízes e seu foco em casos particulares. Mas, para Tushnet, os contrastes entre juízes e legisladores são muitas vezes exagerados, e nem sempre mostram que os juízes são melhores do que os legisladores. Para ele, um raciocínio diferente deve ser considerado⁶²:

Judicial review in the United States is, by design, connected to ordinary politics. Justices are nominated by the president and confirmed by the Senate; they are not chosen by legal professions on the basis of their legal qualifications, although professionals are consulted and professional opinions carry some weight. The overall arrangement is undoubtedly a good thing, but it creates fairly close connections between ordinary politics and judicial review. The nomination and confirmation process is political to the very ground. It will mirror the political process that occurs when we decide agriculture policy or foreign policy. At times presidents will rely on the judgments of respected lawyers about who the best nominee is, and at times presidents will calculate how nominating one person will appeal to political interest groups. In both cases the president is concerned about how the nomination will affect his or her political standing with important constituencies. At times senators will defer to a president’s choices and at times they will vigorously interrogate the nominee. In both cases the senators are concerned

⁶⁰ *Idem*. Pág. 127-128.

⁶¹ *Idem*. Pág. 175.

⁶² *Idem*. Pág. 152.

about how their behavior will play with their constituents. At times interest groups will mobilize their constituents around a nomination, and at times they will not. Nomination politics are politics, after all.

The effect is to bring judicial review into alignment with politics elsewhere. The very structure of judicial review in the United States thrusts the “who benefits” question to the fore. More generally: judicial review is an institution designed to help us run a good government. It cannot be defended except by seeing how it operates – whether in fact the government is better with it than without it.

Looking at judicial review over the course of U.S. history, we see the courts regularly being more or less in line with what the dominant national political wants. Sometimes the courts deviate a bit, occasionally leading to worse ones.⁶³

Esse raciocínio é extremamente relevante, pois revela que o exercício da jurisdição pelos juízes da Suprema Corte não é tão independente como seria de se desejar, justamente porque a nomeação dos juízes é um processo político, que acaba influenciando as decisões tomadas pela Corte. Ou seja, a nomeação política permite que o Presidente do país e – em menor medida – o Senado, ao escolherem a composição da Corte, de certa forma manipulem as decisões que esta virá a tomar, visto que, de modo geral, eles sabem quais são os posicionamentos que os juízes que estão sendo nomeados tendem a adotar (conhecem a trajetória dessas pessoas no âmbito político, jurídico e pessoal e fazem a nomeação com base nela). Ademais, às vezes a nomeação de um juiz ocorre não porque ele é a melhor escolha para a nação como um todo e sim porque agrada determinados grupos políticos / eleitores.

Nem precisamos dizer que essa realidade nos é muito familiar. No Brasil, chega-se ao cúmulo – e aqui pedimos perdão pela dose de especulação – dos ministros do Supremo Tribunal Federal serem cobrados, por aqueles que os indicaram, a tomarem certas decisões que beneficiam os interesses políticos, e até mesmo pessoais, de determinadas pessoas ou partidos. Isso pode vir a viciar qualquer julgamento, fazendo com que a decisão correta não seja alcançada, principalmente naqueles concernentes ao controle de constitucionalidade de decretos e leis e do processo legislativo, em razão dessa íntima relação que se cria entre os ministros e o Presidente e entre os ministros e os parlamentares.

Tushnet acredita que, levando em consideração todos os aspectos da questão, os efeitos de se acabar com a *judicial review* provavelmente seriam bem pequenos⁶⁴. Contudo, haveria um efeito claro e importante: faria com que todos os processos de tomada de decisões envolvendo questões constitucionais retornassem para as mãos das pessoas

⁶³ *Idem*. Pág. 152-153.

⁶⁴ “Adapting a metaphor from electrical engineering, we can say that judicial review basically amounts to noise around zero: it offers essentially random changes, sometimes good and sometimes bad, to what the political system produces. On balance, judicial review may have some effect in offsetting legislators’ inattention to constitutional values. The effect is not obviously good, which makes us lucky that it is probably small anyway” (TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2000. Pág. 153).

politicamente ativas, e que o direito constitucional popular passasse a ser o único direito constitucional a existir.⁶⁵

Outrossim, o autor acha que hoje o *judicial review* contribui muito para educar a população sobre a Constituição, pois as Cortes possuem uma complexa interação com o público e com os legisladores no que tange questões a respeito do significado da Constituição. As pessoas, de modo geral, prestam mais atenção na Suprema Corte do que na Constituição em si.

Mas que certamente, no que pese esse fato, os Tribunais não são as únicas instituições que educam a população em relação aos direitos fundamentais e que uma educação decente nesse sentido poderia ser obtida mesmo se as Cortes desempenhassem um papel menor. Isso porque interações similares podem ocorrer entre legisladores e entre legisladores e seus constituintes e porque, a partir do momento que o povo passa a refletir sobre a Constituição diretamente, ele pode descobrir que a ajuda dos Tribunais não é mais necessária e que a Constituição, fora das Cortes, é relativamente simples e compreensível.⁶⁶

O jurista em apreço entende, ainda, que o direito constitucional popular não determina os resultados das controvérsias políticas ou dita muito sobre política públicas. Ao invés disso, nos dá uma orientação na medida em que pensamos e discutimos sobre o futuro de nosso país. A elaboração do direito constitucional pela Suprema Corte, por outro lado, não permite que o povo possua um rico vocabulário de prática política filosófica como alguns pensam. Pelo contrário, permita que apenas a Suprema Corte e alguns advogados constitucionalistas possuam esse vocabulário.

Em síntese, o entendimento de Mark Tushnet é de que a população, de forma geral, deveria participar da construção do direito constitucional mais aberta e diretamente. Especificamente no contexto norte-americano, a Declaração de Independência e o Preâmbulo da Constituição estabelecem essa oportunidade. Para ele, “as Lincoln said, the Constitution belongs to the people. Perhaps it is time for us to reclaim it from the courts”.⁶⁷

Do acima exposto, observamos que tanto a teoria de Jeremy Waldron quanto a de Mark Tushnet estão repletas de uma certa abstracidade. No que tange especificamente a Tushnet, este possui uma acentuada crença nas virtudes do povo, em especial na sua capacidade de ser politicamente ativo e de tomar decisões sensatas (ou melhor, corretas) no tocante aos direitos fundamentais, que não encontra muito respaldo na realidade.

⁶⁵ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2000. Pág. 154.

⁶⁶ *Idem*. Pág. 168.

⁶⁷ *Idem*. Pág. 194.

Já no que tange especificamente a Waldron, como ele mesmo em parte admite⁶⁸, sua teoria estabelece como pressupostos condições extremamente abstratas (por exemplo, um consenso institucional sobre direitos fundamentais, que no caso do Brasil - como podemos facilmente perceber - está longe de ser alcançado). Essas condições podem até ser consideradas ideais, mas são praticamente impossíveis de serem concretizadas. Isto é, a sociedade sem *judicial review* da teoria de Waldron nunca existiu e provavelmente nunca existirá, pois as condições para sua existência não estão presentes em nenhuma sociedade e dificilmente estarão.

Contudo, ainda mais importante do que esses aspectos, é o fato de que a visão desses dois autores tende a ignorar o direito das minorias. Ao estabelecer o poder irrestrito do Parlamento ou do auto-governo da população, essa visão permite que as questões fundamentais da sociedade sejam decididas tão somente com base na regra da maioria, enfraquecendo a proteção dos grupos minoritários.

Ademais, uma sociedade sem *judicial review* é uma sociedade sem um dos principais guardiões dos direitos fundamentais. Isso diminui imensamente a força normativa da Constituição, pois acaba com uma das mais eficazes formas de se exigir o cumprimento – nos casos concretos - das normas nela vinculadas, em especial dos direitos e garantias individuais.

Assim, a despeito das teorias de Waldron e Tushnet trazerem pontos fundamentais para a reflexão a respeito do caso trazido pelo Mandado de Segurança n. 32.033/DF, elas não são as mais adequadas para embasar uma solução para o problema apresentado; visto que, ao trazerem críticas demasiadamente acirradas ao controle de constitucionalidade, a elas acabam por escapar vários aspectos desse instituto que são essenciais para um regime verdadeiramente democrático.

⁶⁸ Ver: WALDRON, Jeremy. *A Essência da Oposição ao Judicial Review*. In BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luis (Org.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

CAPÍTULO 3

3.1 Exemplos de uma visão complexa do controle de constitucionalidade jurisdicional do processo legislativo

Entre os autores que partilham de uma visão complexa do tema abordado no presente trabalho, destacam-se Ronald Dworkin, Menelick de Carvalho Netto, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Leonardo Barbosa e Leonardo Avritzer. Eles são excelentes exemplos de uma teoria constitucional contemporânea que se constrói a partir de uma argumentação principiológica e é justamente nisso, como veremos, que reside sua complexidade e importância.

Primeiramente, trabalharemos com Ronald Dworkin, que busca superar a representação do Direito como um sistema de regras característica do positivismo, em prol da construção de um modelo mais compatível com a complexidade e sofisticação das nossas práticas. Para ele, o positivismo estabelece uma teoria dos casos difíceis que funciona da seguinte maneira: quando o juiz se encontra diante de um caso que não pode ser regulado por uma regra de direito clara, previamente determinada por alguma instituição, ele possui o “poder discricionário” de decidi-lo de um modo ou de outro. A impressão de que uma das partes possuía o direito preexistente de ganhar a ação judicial, dada pela linguagem utilizada na decisão, é apenas uma ficção. O que realmente ocorre é que o juiz legisla novos direitos jurídicos ou “new legal rights” e os aplica retroativamente ao caso em apreço.

Dworkin defende que, mesmo quando não há nenhuma regra a qual o caso possa ser submetido, uma das partes pode possuir, mesmo assim, o direito de ganhar a causa. Mesmo nos casos difíceis, o juiz tem o dever de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos e aplicá-los retroativamente. Para isso não há um procedimento mecânico. Pelo contrário, o argumento pressupõe que juízes e juristas sensatos irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos e não garante que todos eles irão dar a mesma resposta às questões que têm de enfrentar para descobrir quais são esses direitos.

O autor demonstra uma grande preocupação com a identificação e aplicação consistente dos princípios, que inclui serem eles suficientes em determinado caso. Nesse viés, ele estabelece uma diferenciação interessante entre “política” e “princípios”, que ajuda a explicar como é possível alcançar essa identificação e aplicação consistente dos princípios, a saber:

(...) Denomino “política” aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio. A distinção pode ruir se interpretarmos um princípio como a expressão de objetivo social (isto é, o objetivo de uma sociedade na qual nenhum homem beneficia-se de seu próprio delito) ou interpretarmos uma política como expressando um princípio (isto é, o princípio de que o objetivo que a contém é meritório) ou, ainda, se adotarmos a tese utilitarista segundo a qual os princípios de justiça são declarações disfarçadas de objetivos (assegurar a maior felicidade para o maior número). Em alguns contextos, a distinção tem usos que se perdem, quando ela desmorona dessa maneira.⁶⁹

Tomando por base essa distinção e a concepção de que os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados (e não estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outros entes), Ronald Dworkin estabelece uma outra, importantíssima na teoria política, que é a distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política:

(...) os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio.⁷⁰

O Poder Legislativo possui, obviamente, competência para aderir a argumentos de política e adotar programas gerados por tais argumentos. Supondo que os Tribunais fossem legisladores delegados, seria natural que eles fossem competentes para fazer o mesmo. Segundo Dworkin, nos casos em que é possível aplicar uma lei de validade inquestionável, as decisões judiciais são sempre justificadas por argumentos de princípio. Isso ocorre mesmo que a lei em si tenha sido criada por uma política, pois, a partir do momento que uma lei regula um determinado direito, ela o transforma em uma questão de princípio, que independe de qualquer questão de política⁷¹.

⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério* / Ronald Dworkin; tradução Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. – (Biblioteca Jurídica). Pág. 36-37.

⁷⁰ *Idem*. Pág. 129-130.

⁷¹ “(...) um argumento de princípio estipula alguma vantagem apresentada por quem reivindica o direito que o argumento descreve, uma vantagem cuja natureza torna irrelevante as sutis discriminações de qualquer

Entretanto, quando não há nenhuma regra determinando qual decisão deve ser tomada, ou seja, quando se está diante de um caso difícil, pode parecer que a competência dos Tribunais para agir de modo semelhante ao Legislativo – e decidir em base políticas – é despertada. Em que pese esse entendimento, Dworkin defende a tese de que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis, “são e devem ser, de maneira característica, geradas por princípios, e não por políticas”⁷².

O autor esclarece que a ideia tradicional de que a decisão judicial deve ser subordinada à legislação é sustentada por duas principais objeções à originalidade judicial: a primeira é de que uma sociedade deve ser governada por pessoas eleitas pela maioria dos cidadãos e responsáveis perante eles (de forma geral, os juízes não são eleitos e, na prática, não são responsáveis perante o eleitorado, como ocorre com os legisladores); a segunda é de que, quando um juiz cria uma nova lei e a aplica retroativamente, ocorre na verdade uma punição da parte perdedora, não em razão da violação de um dever preexistente, mas sim de um novo dever, gerado pelo juiz após o fato. Essas objeções, entretanto, perdem sua força quando diante de argumentos de princípio⁷³. E é nisso que reside, em parte, a importância de as decisões judiciais nos casos civis serem sempre geradas por princípios.

Dentro desse contexto, e considerando que as decisões judiciais tornam efetivos os direitos políticos existentes, Dworkin busca explicar como as diferentes contribuições à decisão de um caso difícil podem ser identificadas e conciliadas, principalmente aquelas contribuições relacionadas com as tradições jurídicas e os precedentes em contraposição com as contribuições pessoais e originais. Sobre a interação entre a moralidade institucional e a moralidade pessoal, o autor explica:

(...) a história institucional age, não como uma restrição do juízo político dos juízes, mas como um componente de tal juízo, pois a história institucional faz parte do pano de fundo que qualquer juízo plausível sobre os direitos de um indivíduo deve levar em consideração. Os direitos políticos são criações tanto da história, quanto da moralidade: aquilo a que um indivíduo tem direito, na sociedade civil, depende tanto da prática quanto da justiça de suas instituições políticas. Desse modo, desaparece a alegada tensão entre originalidade judicial e história institucional: os juízes devem fazer novos julgamentos sobre os direitos das partes que a eles se apresentam, mas esses direitos políticos antes refletem as decisões políticas tomadas no passado do que a elas se opõe. Quando o juiz opta entre a regra estabelecida por um precedente

argumento de política que a ela se pudesse opor” (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério* / Ronald Dworkin: tradução Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. – (Biblioteca Jurídica). Pág. 134).

⁷² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério* / Ronald Dworkin: tradução Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. – (Biblioteca Jurídica). Pág. 132.

⁷³ Ver: DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério. Princípios e Democracia*. / Ronald Dworkin: tradução Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. – (Biblioteca Jurídica). Pág. 132-135.

e uma nova regra que se considera mais justa, ele não está fazendo uma escolha entre a história e a justiça. Em vez disso, faz um julgamento que requer uma certa conciliação entre considerações que em geral se combinam em qualquer cálculo de direitos políticos, mas que aqui competem uma com a outra.⁷⁴

Ainda em relação à formação do convencimento do juiz, Ronald Dworkin defende que as partes têm direito a seu melhor juízo sobre a verdadeira natureza de seus direitos ou, em outras palavras, à resposta correta para o caso que é colocado diante dele. Se a decisão em um caso difícil deve ser uma decisão acerca dos direitos das partes, “as razões que a autoridade oferece para seu juízo devem ser do tipo que justifica o reconhecimento ou negação de um direito. Tal autoridade deve incorporar à sua decisão uma teoria geral de por que, no caso de sua instituição, as regras criam ou destroem todo e qualquer direito, e ela deve mostrar qual decisão é exigida por essa teoria em um caso difícil”⁷⁵.

A fim de elucidar sua teoria e analisar de que maneira um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem, Dworkin inventou um jurista de “capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas”, a quem chamou de Hércules.

Hércules aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outros termos, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional, como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo⁷⁶. E deve “construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas”⁷⁷.

Ademais, o juiz Hércules de Ronald Dworkin não segue as teorias clássicas de decisão judicial. Pelo contrário, apesar de evidentemente deixar transparecer suas convicções intelectuais e filosóficas ao decidir, a teoria por ele seguida diz respeito ao que a lei ou o precedente exigem. Isto é, suas convicções não possuem força independente no argumento simplesmente pelo fato de serem suas convicções.

Por outro lado, a técnica de Hércules encoraja um juiz a emitir seus próprios juízos sobre os direitos institucionais. O autor acredita que qualquer juiz pode muito bem

⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério* / Ronald Dworkin: tradução Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. – (Biblioteca Jurídica). Pág. 136.

⁷⁵ *Idem*. Pág. 163.

⁷⁶ *Idem*. Pág. 165.

⁷⁷ *Idem*. Pág. 182.

errar nos juízos políticos que emite e tomar decisões injustas, mas que isso não significa que os juízes devem submeter a outros as questões de direito institucional colocadas pelos casos difíceis, não havendo nenhuma razão para atribuir a outro grupo uma maior capacidade de argumentação moral. Se houvesse razão para tal, caberia mudar o processo de seleção dos juízes e não as técnicas de julgamento que eles estão instados a utilizar. Acerca do processo de seleção dos juízes, Dworkin faz uma reflexão muito pertinente:

Our legal culture insists that judges – and finally the justice of the Supreme Court – have the last word about the proper interpretation of the Constitution. Since the great clauses command simply that government show equal concern and respect for the basic liberties – without specifying in further detail what that means and requires – it falls to judges to declare what equal concern really does require and what the basic liberties really are. But that means that judges must answer intractable, controversial, and profound questions of political morality that philosophers, statesmen, and citizens have debated for many centuries, with no prospect of agreement. It means that the rest of us must accept the deliverance of a majority of the justices, whose insight into these great issues is not spectacularly special. That seems unfair, even frightening. Many people think that judges with that kind of power will impose liberal convictions on less-liberal majorities. But they are equally likely to impose conservative convictions on less-conservative majorities, as the Supreme Court did in *Lochner*, and is now doing again in, for example, its affirmative action decisions. The resentment most people feel about unelected judges having that kind of power is bipartisan.⁷⁸

Em síntese, Ronald Dworkin defende que os princípios devem ser tratados como Direito. E que, com base nisso, os juízes devem possuir uma postura de compromisso com a integridade do Direito, que faz com que eles cheguem a única resposta correta para qualquer caso que for submetido a sua jurisdição. Essa postura compromissada com a integridade do Direito revela-se também numa postura compromissada com o equilíbrio entre igualdade e liberdade. Esse entendimento do Direito, por sua vez, traduz-se numa fundamentação deontológica, isto é, preocupada com a força normativa – normatividade – da Constituição e das leis. E é justamente por isso que uma leitura deontológica da Constituição é considerada uma leitura dworkiana. Com base nessas concepções, o autor afirma ainda que:

We will then abandon the pointless search for mechanical or semantic constraints, and seek genuine constraints in the only place where they can actually be found: in good argument. We will accept that honest lawyers and judges and scholars will inevitably disagree, sometimes profoundly, about what equal concern requires, and about which rights are central and which only peripheral to liberty.
(...) The vice of bad decisions is bad argument and bad conviction; all we can do about those bad decisions is to point out how and where the arguments are bad. Nor

⁷⁸ DWORKIN, Ronald. *The Concept of Unenumerated Rights. Unenumerated Rights: Whether and How Roe Should be Overruled*. The University of Chicago Law Review, Vol. 59. No. 1, The Bill of Rights in the Welfare State: A Bicentennial Symposium. (Winter, 1992), pp. 381-432. Pág. 383.

should we waste any more time on the silly indulgence of American legal academic life: the philosophically juvenile claim that, since no such formula exists, no one conception of constitutional equality and liberty is any better than another, and adjudication is only power or visceral response. We must insist, instead, on a principle of genuine power: the idea, instinct in the concept of law itself, that whatever their views of justice and fairness, judges must also accept an independent and superior constraint of *integrity*.

Integrity in law has several dimensions. First, it insists that judicial decision be a matter of principle, not compromise or strategy or political accommodation. (...) Second, integrity holds vertically: a judge who claims a particular right of liberty as fundamental must show that his claim is consistent with the bulk of precedent, and with the main structures of our constitutional arrangement. Third, integrity holds horizontally: a judge who adopts a principle must give full weight to that principle in other cases he decides or endorses.⁷⁹

Para Dworkin, a integridade do direito é tão importante porque toda democracia contemporânea é uma nação dividida – culturalmente, etnicamente, politicamente e moralmente – mas, apesar disso, nós desejamos viver juntos como iguais. A fim de que isso seja possível, é crucial que o nosso objetivo seja de que os princípios sob os quais somos governados também nos tratem como iguais.

Assim, nós temos que nos esforçar para aplicar ao máximo as mesmas teorias às pessoas e casos diferentes, ao invés de usar as mesmas teorias de modos diferentes conforme nossa conveniência. Pois esse modo de utilizar os argumentos demonstra a coerência do nosso discurso. Em outras palavras, para que nós alcancemos uma comunidade de iguais, e não apenas o desenvolvimento econômico e a paz social, os argumentos utilizados nas nossas deliberações coletivas, inclusive judiciais, devem ser tão coerentes quanto possível.⁸⁰ Partidos políticos, por exemplo, devem parar de discordar sobre tudo a toda hora, reconhecer que possuem princípios basilares em comum e, a partir disso, estabelecer um profundo debate sobre os assuntos de interesse da sociedade em geral.⁸¹

Por fim, Ronald Dworkin prega que a democracia não é simplesmente a regra da maioria, mas sim o autogoverno dos cidadãos por meio de uma parceria entre eles. Essa parceria está estruturada e é possível em razão de uma garantia dada a todos os indivíduos de poderem participar igualmente. E é justamente por isso que a população deve pedir aos juízes que façam valer as garantias de igualdade de cidadania.

Nessa direção, a teoria substantiva de Dworkin agrega noção importante à tutela do processo legislativo, que consiste em mecanismo fundamental de positivação e

⁷⁹ *Idem*. Pág. 392-394.

⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 2006. Pág. 73-74.

⁸¹ DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*. Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2006. Pág. 1-5.

legitimação de diretrizes sociais. O jurista vê os princípios e os direitos fundamentais como trunfos diante do processo legislativo, a serem protegidos pelos juízes. Aliás, foi nesse sentido que o ministro Gilmar Mendes fundamentou o posicionamento por ele adotado na decisão monocrática que concedeu a medida liminar pleiteada no Mandado de Segurança n. 32.033/DF e, posteriormente, em seu voto, quando do julgamento do mesmo.

De fato, o ministro relator da ação mandamental considerou que o projeto de lei impugnado afrontava os direitos fundamentais de minorias e, assim, as cláusulas pétreas por meio da atuação da maioria parlamentar como verdadeiro “rolo compressor” dos debates democráticos. Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes utilizou direitos fundamentais como trunfos diante do processo legislativo e, mais, contra a maioria parlamentar, chegando a, como sabemos, suspender o trâmite do projeto de lei supostamente violador da Constituição Federal.

No entanto, não se pode perder de vista que a teoria de Dworkin não é capaz, sozinha, de contemplar todos os aspectos pertinentes à abordagem do tema em tela, especialmente no que tange às questões de legitimidade do Poder Judiciário, já apresentadas por ocasião do estudo das teses de Waldron e Tushnet. Nesse viés, torna-se imprescindível que a análise do controle jurisdicional de constitucionalidade não transforme o juiz em última *ratio* do diálogo institucional, mas sim em agente indutor da participação da sociedade civil, conforme veremos mais adiante.

O professor Menelick de Carvalho Netto, por sua vez, acredita que, em consonância com as exigências da democracia participativa, deveria se consolidar, teórica e jurisprudencialmente, no Brasil, o conhecimento normativo-científico do procedimento legislativo enquanto instrumento essencial à consolidação do regime democrático e, por conseguinte, do respeito aos direitos da cidadania.⁸² Sobre o conceito de procedimento legislativo, ele ensina:

Perante a insuficiência teórica da concepção empírica anterior do procedimento, enquanto fenômeno jurídico apenas descritiva e metaforicamente considerado, e, com certeza, devido à amplitude com que o fenômeno procedimental é acolhido em todos os ramos do Direito, em especial no que se refere ao Direito Público, no qual a atividade dos entes públicos se desenvolve, via de regra, mediante procedimentos jurídicos, a doutrina buscou duas vias opostas de compreensão do fenômeno: a substancialista e a formal. Na primeira vertente, o procedimento é enfocado a partir de sua dinamicidade própria, porém reduzido todo o procedimento ao ato final; os atos do trâmite propriamente dito, que integram o procedimento, restavam privados de vida jurídica autônoma e eram considerados apenas no ato-procedimento, como

⁸² CARVALHO NETTO, Menelick de. *A Sanção no Procedimento Legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. Pág. 298.

as partes do todo. Da outra vertente, a formal, vem exatamente a distinção da essência diversa do fenômeno procedimental em relação ao ato final produzido. Ela caracteriza o procedimento precisamente como noção formal, em contraposição ao ato jurídico enquanto realidade substancial, definindo-o como a série de atos em que se concretiza a atuação administrativa para a consecução de um fim, o modo do seu proceder. Mas essa segunda vertente termina por conferir à configuração do procedimento um acentuado formalismo no qual se atenua, até quase extraviar-se, a correlação necessária entre o procedimento e o ato final que a escola anterior havia ressaltado.

Finalmente, Galeotti busca com êxito superar as limitações recíprocas das escolas anteriores, tomando o procedimento, enquanto categoria conceitual da Teoria Geral do Direito, como a série concatenada de atos realizados por diversos sujeitos jurídicos, com vistas à produção de um determinado ato final. É assim que, seguindo Merk, demonstra Galeotti que o procedimento não é a forma sensível de uma função, a especificidade do fenômeno procedimental não reside na relação entre forma (procedimento) e conteúdo (função estatal), mas na conexão existente entre a ação de fazer e o feito, o atuar e o resultado da atuação. O conceito de procedimento vem precisamente revelar o nexo de instrumentalidade e a unidade essencial que liga os diversos atos ou fases em relação às anteriores e às posteriores, até que se alcance o ato final, objetivo de todo o procedimento. Ensina, assim, Galeotti que a distinção entre o procedimento e o ato, enquanto fenômenos jurídicos diversos e específicos, que não se confundem, reside no fato de conceitualmente podermos contrapor o operar e o resultado desse operar. O procedimento não é, portanto, ato, mas com mais exatidão, pode-se dizer que é a série complexa dos atos que determinam o caminho procedimental, bem como como o ato no seu fazer-se, ou ainda, o fazer-se do ato, a combinação juridicamente preordenada dos atos sucessivos que se coordenam, todos, em relação a um fim único, a produção do ato final. A especificidade que, como dado jurídico, pode ser reconhecida no fenômeno procedimental é configurada na série articulada de atos, em que cada ato, antes de ser resguardado na sua singularidade, é flagrado em sua relação com os momentos antecedentes e os seguintes, e com o ato final específico que, precisamente, o procedimento objetiva produzir e tornar eficaz. A teoria do ato jurídico, por outro lado, resguarda o mesmo como entidade individualizada, em si mesma consistente e imóvel, como a cristalização de um comportamento. Se o procedimento é o fazer-se do ato ou o suceder-se dos atos na conexão juridicamente preordenada para a produção de uma determinada categoria jurídica, mais do que os atos sucessivos, o traço distintivo, a característica específica que apresenta em relação ao ato, atomisticamente considerado, é unicamente a sua projeção no tempo. No procedimento, a entidade ato não mais permanece imóvel, como se fixa em um espaço firme e estável, mas aparece surpreendida no seu devir, em que, se o procedimento é, por assim dizer, o ato em movimento em direção ao seu fim, ao seu moto, o traço novo e distintivo da categoria do procedimento em relação à do ato é exatamente a dimensão do tempo - o mover-se do ato no seu devir não seria captável sem a ideia do tempo. A dimensão temporal é precisamente o que primeiro permite que se apreenda o movimento do ato, o fenômeno da sucessão dos atos procedimentais, ou seja, a relevância das alterações e das constâncias que a entidade ato apresenta no tempo. Se prescindíssemos, nas considerações complexas do fenômeno procedimental, da dimensão do tempo, fatalmente o falsearíamos por considerá-la a partir do enfoque característico da fixidez do mero ato. Pouco importa que não se trate de um único ato, mas de uma pluralidade de atos. O objeto que o pesquisador teria diante de si seria sempre aquela outra categoria conceitual: o ato, atomisticamente considerado, isolado, fixo em sua estática consistência. Seria, portanto, logicamente inexato, um dos postulados básicos da teoria formalista do procedimento, segundo o qual o ato adviria do procedimento como que de uma pura sucessão de momentos. Ideia inconcebível de um tempo estático, sem um acontecer. A categoria do procedimento contém, em si, algo de específico, a partir, precisamente, do que se revela como distinta do ato, mas esta característica específica não é, nem pode ser logicamente cindida, separada. Ela se vincula a uma realidade mais ampla, mais complexa do que a do ato, mas que a inclui e compreende. É o movimento, o devir do ato, ou seja, o fazer-se do ato final visto no

tempo. O procedimento é, portanto, fenômeno que diz respeito ao aspecto dinâmico do ato antes do que à série sucessiva dos atos.

(...) para se alcançar a compreensão integral do fenômeno procedimental, enquanto gênero do qual o procedimento legislativo é uma espécie, não basta a caracterização do nexa juridicamente necessário e propulsor que o informa, é preciso, ainda, circunscrevê-lo, individualizar-lhe os limites. Caso contrário, a sequência dos atos permaneceria ainda aberta e contínua, indefinida em seu início e no seu termo, indistintamente envolta na trama ininterrupta dos fenômenos jurídicos. A preordenação estatuída, pelo Direito, do nexa de impulso propulsor necessário entre as atividades sucessivas foi prevista certamente em função da obtenção de algum resultado em relação ao qual toda essa sucessão juridicamente necessária de atos se coordena. O fato de que essa progressão de atos próprios do procedimento encontre o seu início no primeiro ato destinado a produzir a sequência necessária que culmine na produção da perfeição e da eficácia de um ato jurídico revestido de relevância peculiar para o ordenamento decorre, precisamente, do princípio da proporcionalidade do meio utilizado em relação ao fim jurídico a ser obtido.⁸³

Nesse passo, para o professor, é necessário que não se admitam interpretações que isolem dispositivos constitucionais, legais ou regimentais, com o fim de negar, na prática, vigência e eficácia a preceitos basilares, claramente positivados, e que, portanto, deveriam orientar a interpretação normativa sistêmica, mas que, em nome de um imediatismo pragmático politicamente orientado, terminam por conformar a feição predominantemente casuística da jurisprudência atual, pelo menos no que se refere ao Direito Constitucional, em geral, e ao procedimento legislativo, de forma específica, no Brasil.⁸⁴

Menelick de Carvalho Netto afirma, ainda, que “salta aos olhos a essencialidade do caráter altamente participativo, de todo peculiar em nossa história constitucional, de que se revestiram os procedimentos de elaboração da Constituição da República, dos Estados e das Leis Orgânicas Municipais para a eficácia dos mesmos”⁸⁵; mas que, a despeito de esse aspecto ser fundamental, ele não é condição suficiente para a consolidação de um regime democrático, que requer, tendo em vista a garantia do efetivo acesso universal às condições sociais mínimas que possibilitam o exercício da cidadania, instrumentos científicos que garantam a imparcialidade na aplicação de suas normas.

Ele atribui, portanto, grande importância a um discurso jurídico rigorosamente científico, enquanto elemento capaz de limitar as possibilidades estruturais e orgânicas de interpretação dos textos legais, principalmente levando em consideração a pesada herança de uma sociedade hierarquizada e excludente – na realidade fundada muito mais na conservação dos privilégios do que na igualdade jurídica formal, constitucionalmente há muito declarada no Brasil – que quase sempre prevalece sobre os textos constitucionais, fazendo com que

⁸³ *Idem*. Pág. 228-232.

⁸⁴ *Idem*. Pág. 224.

⁸⁵ *Idem*. Pág. 205.

leituras e práticas oficiais que, a rigor, cientificamente, não encontrariam respaldo jurídico nos mesmos sejam aceitas.⁸⁶

Já Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira vislumbra o processo legislativo como fator fundamental para que uma sociedade complexa e plural, caracterizada pela intensa diferenciação dos subsistemas sociais, tenha suas expectativas estabilizadas e os planos de ação integrados. O autor adota a premissa, baseada no pensamento de Jurgen Habermas, de que o processo legislativo desempenha função que vai além da simples produção formal de atos normativos destinados a densificar consensos morais da sociedade.

Com efeito, para ele, o processo legislativo é responsável pela produção de normas de modo que seus destinatários “possam reconhecer-se como os próprios co-autores das mesmas”⁸⁷. Isso porque, ao transformar-se em elemento legitimador da própria ordem jurídica concreta, o processo legislativo transmuta-se em verdadeiro condutor das demandas sociais com o objetivo de concretizar uma ordem jurídica condizente com os valores constitucionalmente assegurados, sem perder de vista a necessidade de garantir a efetiva participação da sociedade em seu desenvolvimento.

Nessa perspectiva, o processo legislativo deixa de ser mero encadeamento de atos formais tendentes à ratificação de uma vontade burocrática superior para transformar-se em mecanismo de concretização dos valores constitucionais. Semelhante visão representa, para Cattoni, mais do que simples teoria crítica do processo legislativo, constituindo, em verdade, aspecto concreto que repercute não só na própria produção legislativa, mas também na forma ela é analisada pelos demais Poderes.

A partir dessas noções, Marcelo Cattoni faz uma reflexão sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁸⁸, pela qual, segundo ele, é possível perceber um alargamento da noção do que seja “matéria *interna corporis*”. Conforme essa jurisprudência, a interpretação e aplicação do Regimento Interno das Casas Parlamentares seriam procedimentos que se resolveriam, privativamente, nas próprias Casas. Nesse sentido, o controle judicial de regularidade do processo legislativo seria um direito público subjetivo exclusivo dos parlamentares, protegível pela via do mandado de segurança, e só poderia ser exercido em caso de desrespeito a requisitos procedimentais previstos diretamente pelo texto

⁸⁶ *Idem*. Pág. 206.

⁸⁷ CATTONI, Marcelo. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional das leis e do processo*. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. Pág. 38.

⁸⁸ Lembramos que a edição da obra “Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional das leis e do processo” do Marcelo Cattoni aqui utilizada data de 2006, conforme a nota de rodapé anterior.

constitucional, e não simplesmente com base nos referidos Regimentos.

Em outras palavras, o jurista coloca que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é somente nos casos de descumprimento direto de normas constitucionais referentes às formalidades do processo legislativo que os parlamentares teriam legitimação ativa para impetrar mandados de segurança contra atos processuais legislativos que descumprissem a Constituição, porque lhes assistiria um direito público subjetivo de não terem de votar projetos de lei ou propostas de emenda que julguem inconstitucionais.

Daí surgem as seguintes indagações: “afinal, o que são irregularidades e inconstitucionalidades do processo legislativo? Vícios meramente formais? Por que o Supremo Tribunal Federal continua reafirmando um caráter ou um interesse meramente corporativo dos parlamentares, ao apreciar questões de regularidade e inconstitucionalidade de atos processuais legislativos?”⁸⁹.

Para ele, colocada nesses termos, pela Suprema Corte, a questão acerca da irregularidade e da inconstitucionalidade da tramitação de um projeto de lei ou de uma proposta de emenda constitucional acabaria sendo reduzida a um interesse particular e exclusivo dos deputados e senadores, enquanto condições para o exercício de sua atividade parlamentar, e jamais referida à produção da lei como afeta à cidadania em geral.

Em outras palavras, Marcelo Cattoni defende que, ao contrário do que sustenta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os requisitos formais são, de uma perspectiva normativa, condições processuais que devem garantir um processo legislativo democrático, ou seja, a institucionalização jurídica de formas discursivas e negociais que, sob as condições de complexidade da sociedade atual, devem garantir o exercício da autonomia jurídica – pública e privada – de todos os cidadãos. Para o jurista, o que está em questão é a própria cidadania em geral e não o direito de minorias parlamentares ou as devidas condições para a atividade legislativa de um determinado parlamentar. Nessa perspectiva, acrescenta ainda que:

Não se deve, inclusive, tratar o exercício de um mandato representativo como questão privada, ainda que sob o rótulo de “direito público subjetivo” do parlamentar individualmente considerado, já que os parlamentares, na verdade, exercem função pública de representação política; e é precisamente o exercício necessariamente público, no mínimo coletivo ou partidário, dessa função que se encontra em risco. Trata-se da defesa da garantia do pluralismo no processo de produção legislativa, da defesa da própria democracia enquanto respeito às regras do jogo, da possibilidade de que a minoria de hoje possa vir a se tornar a maioria de amanhã.⁹⁰

⁸⁹ CATTONI, Marcelo. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional das leis e do processo*. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. Pág. 49-50.

⁹⁰ *Idem*. Pág. 51.

Na mesma linha, o autor argumenta que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do mandado de segurança impetrado por parlamentar decorre da visão tradicional de processo legislativo, pela qual ele é visto como simples correlação de atos formais concernentes apenas aos detentores do poder político, culminando em inequívoco movimento excludente do processo democrático, com graves consequências para o Estado Democrático de Direito. Nesse sentido é um importantíssimo trecho da obra de Marcelo Cattoni, totalmente condizente com o objeto do presente estudo:

No Brasil, essas posições assumidas pelo Supremo Tribunal Federal, competente para controlar a constitucionalidade da atuação (e da não-atuação) dos órgãos de cúpula do Estado, revelada por um entendimento jurisprudencial inadequado ao paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, têm levado, de uma perspectiva não somente normativa, mas também objetiva, ao surgimento de verdadeiras *ilhas corporativas de discricionariedade*, o que está resultando numa quase total ausência de parâmetros normativos, abrindo espaço, dessa forma, para um exercício cada vez mais arbitrário do poder político. Estaria faltando à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a coerência, por um lado, e o senso de adequabilidade, por outro, necessários para a realização daquilo que Ronald Dworkin chama “Integridade” e que é própria de um efetivo Estado Constitucional.⁹¹

Bem se vê, portanto, que a importância de adequado controle judicial de constitucionalidade do processo legislativo transcende o simples direito individual do parlamentar a não se submeter a processo legislativo inconstitucional, constituindo verdadeira condição para a operacionalização do Estado Democrático de Direito.

Sob o Estado Democrático de Direito, a Jurisdição Constitucional deve voltar sua atuação para a garantia das condições procedimentais do exercício da autonomia por parte dos cidadãos e, com isso, garantir as condições para a realização do processo legislativo democrático, através do qual os próprios cidadãos são os autores de seus próprios direitos e deveres.

A garantia de um processo legislativo democrático de reforma constitucional, por exemplo, deve impedir que os dispositivos constitucionais sejam objeto de alteração através do exercício de um poder constituinte derivado distanciado das fontes de legitimidade situadas nos fóruns de uma esfera pública política que não se reduz ao Estado.

Ademais, segundo Marcelo Cattoni, a formação democrática da vontade e da opinião, ao contrário do que pressupõe a tradição republicana, não tira sua força legitimadora da convergência de convicções e de razões éticas, mas dos pressupostos comunicativos e dos

⁹¹ *Idem*. Pág. 51.

processos de justificação normativa que possibilitam o “aporte de razões e interesses de amplo espectro, de tal modo a possibilitar a seleção dos melhores argumentos”⁹².

Enquanto isso, Leonardo Augusto de Andrade Barbosa acredita que “o processo legislativo institucionaliza o princípio democrático na medida em que garante procedimentos suficientemente abertos e livres para a regulação deliberativa de conflitos. Tais procedimentos permitem identificar os argumentos capazes de produzir legitimidade, encadeando negociações equânimes, questões morais, éticos-políticas e pragmáticas num discurso de justificação de normas jurídicas”⁹³.

O autor procura responder perguntas como: “Em que se baseia, afinal, a autoridade das decisões legislativas? Por que essas decisões devem ser tomadas por assembleias de centenas de membros, não raro em meio a todo tipo de divergências? Há alguma autoridade nessas decisões além daquela conferida pela vantagem numérica de uma maioria contingente e temporária?”⁹⁴. E, assim, em resposta à provocação de Waldron – já estudada neste trabalho – sobre o silêncio dos juristas em relação às legislaturas ou à legislação, procura definir os contornos gerais de uma teoria normativa do processo legislativo, a partir da sistematização e organização de uma proposta já presente na teoria discursiva do direito e da democracia de Jurgen Habermas, ou seja, a partir de um esclarecimento sobre o problema da circulação social do poder político.

Nesse contexto, o jurista atribui importância central à dimensão procedimental da atividade legislativa. Para ele, a produção de direito legítimo remete à garantia de determinadas condições referentes ao procedimento por meio do qual as leis são editadas. Essas garantias, no entanto, não são auto-realizáveis: práticas intuitivas ou mesmo institucionalizadas ameaçam constantemente as condições a partir das quais os procedimentos deliberativos se tornam capazes de produzir legitimidade.

Para atingir tais objetivos, Leonardo Barbosa traz o conceito de esfera pública, que hoje é concebida como uma complexa rede de processos comunicativos, a partir da qual são produzidos potenciais de poder despersonalizados. A esfera pública não se restringe a um processo de legitimação do poder político. Ela é capaz de introduzir no âmbito do debate publicamente relevante matérias tradicionalmente ocultadas, como, por exemplo, a violência doméstica contra a mulher e contra a criança.

⁹² *Idem*. Pág. 169.

⁹³ BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo Legislativo como discurso de justificação do direito: uma investigação sobre a circulação social do poder político na teoria discursiva do direito e da democracia*. 2006. 211 f. Dissertação (mestrado) - Universidade de Brasília. Pág. 8.

⁹⁴ *Idem*. Pág. 12.

Nesse âmbito, o autor ressalta que uma compreensão adequada do processo legislativo não pode deixar de se referir ao que ele chama de “público em sentido fraco, isto é, às redes de comunicação informal mais ou menos organizadas que caracterizam a esfera pública”⁹⁵. E ainda que, para Habermas, a base social da esfera pública é o conceito de sociedade civil (que, por sua vez, estudaremos adequadamente ao tratarmos da obra de Leonardo Avritzer).

O jurista traz ainda a ideia de que, apesar da legislação por grandes assembleias ser vista com desconfiança e preconceito por boa parte da teoria jurídica, as principais características das legislaturas (tamanho, diversidade e divergência) constituem o ponto de partida adequado para o desenvolvimento do conceito de processo legislativo, que é caracterizado como discurso de justificação das normas jurídicas.

Isto porque essas características se ligam à noção de contraditório e, portanto, com uma compreensão teórica do procedimento legislativo como processo. Este, por sua vez, distingue-se pela participação dos afetados pelo provimento em posição de simétrica paridade, materializada justamente pelo princípio do contraditório, que fornece um substrato para a tarefa de fundamentação do direito.

Em outros termos, Leonardo Barbosa acredita que a legitimidade do provimento legislativo deve se referir à garantia das condições procedimentais que permitem uma troca de argumentos suficientemente livre e aberta, mesmo que decidida, ao final, por um processo de votação. Para ele, a votação não representa um fracasso da comunicação, mas uma maneira aparentemente razoável de interromper uma discussão atribuindo presunção de validade à conclusão até então obtida, a qual poder ser rediscutida posteriormente, uma vez que não se exige desse processo que ele seja capaz de produzir algum tipo de consenso material entre os participantes.

Por fim, citando o próprio Marcelo Cattoni, o jurista afirma que, sob as premissas da teoria discursiva do direito e da democracia, a função da jurisdição constitucional enquanto guardião da Constituição deve ser reconstruída, privilegiando a “garantia do devido processo legislativo democrático, ou seja, democracia e abertura nos discursos de justificação e a garantia do devido processo constitucional, ou seja, imparcialidade e adequabilidade nos discursos de aplicação processual constitucional (CATTONI, 2000, p. 45)”⁹⁶.

⁹⁵ *Idem*. Pág. 93.

⁹⁶ *Idem*.

Por último, temos o autor Leonardo Avritzer, que traz o conceito de sociedade civil, o qual, por sua vez, implica o reconhecimento de instituições intermediárias entre o indivíduo, por um lado, e o mercado e o Estado, por outro. Essas instituições que exercem o papel de mediação entre o indivíduo e as instituições sistêmicas cumprem o papel da institucionalização de princípios éticos, que nem a ação estratégica no interior do mercado nem o exercício do poder central seriam capazes de produzir. Nesse sentido, a reconstrução social na modernidade estaria associada à ideia de autonomia social.

Nesse contexto, o conceito de sociedade civil aparece associado às potencialidades do sistema legal moderno. Este cumpriria o papel de conectar indivíduos sem a intermediação da autoridade política. Ao mesmo tempo, é ele que permite o controle do exercício do poder por intermédio de regras de publicidade transformadas em limites legais para o exercício da autoridade. Desse modo, o sistema legal estabelece, através dos direitos positivos, não só a institucionalização da sociedade civil, mas também a institucionalização de formas de controle da sociedade civil sobre o aparato administrativo do Estado moderno.⁹⁷

Com base nessas premissas, o jurista afirma que o surgimento da sociedade civil no Brasil está associado à formação de uma esfera societária capaz de adquirir institucionalidade própria e no interior da qual as ações do Estado e dos atores econômicos vão ser julgadas de acordo com a compreensão que os atores sociais e políticos irão ter dos seus próprios interesses, assim como dos interesses da sociedade como um todo. Em outros termos, afirma que a sociedade civil surge no Brasil por intermédio da constituição de atores sociais modernos que instituem novas formas de ação e reivindicam novas práticas políticas por parte da sociedade política e do Estado, ressaltando ainda que:

Se, por um lado, a redemocratização não implicou no prevalecimento das formas de ação que surgiram no final do período autoritário, ela, no entanto, implicou na institucionalização de mecanismos legais capazes de estabelecer uma relação potencial de transparência entre sociedade civil e Estado. Esses mecanismos sofrem do problema da inefetividade das estruturas administrativas e legais que tem prevalecido ao longo da história recente do Brasil.⁹⁸

Para Leonardo Avritzer, o fundamental do processo de constituição da sociedade civil é a institucionalização de formas democráticas de ação em uma pluralidade de associações que mantêm um potencial a ser utilizado, não no processo de tomada do Estado, mas sim em um processo permanente de fiscalização da natureza das práticas e do processo

⁹⁷ AVRITZER, Leonardo. *Sociedade Civil e Democratização*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1994. Pág. 277-278.

⁹⁸ *Idem*. Pág. 301.

político de uma sociedade democrática.

Ao mesmo tempo em que não olvidam a questão da legitimidade do Poder Judiciário, oferecendo instrumentos alternativos de potencialização da democracia, os juristas brasileiros, cujo pensamento cima expusemos, admitem que os magistrados constituem atores importantes na tutela de direitos fundamentais plasmados em um processo legislativo efetivamente inclusivo.

Nessa direção, a visão por eles adotada de processo legislativo e seu controle jurisdicional reconhece, na esteira de Waldron e Tushnet, que o Poder Judiciário apresenta déficits significativos de legitimidade, especialmente quando confrontado com as possibilidades abertas por uma sociedade civil participativa. Contudo, não leva tal raciocínio às últimas consequências, isto é, não defende a exclusão dos juízes do diálogo institucional atinente à tutela do devido processo legislativo. Pelo contrário, entende que o Poder Judiciário pode constituir importante salvaguarda e promoção de um ambiente legislativo efetivamente democrático.

Por conseguinte, os juízes, malgrado não possam se arvorar em solução institucional da democracia brasileira, devem desempenhar o papel de modeladores dos canais de comunicação da sociedade civil com o poder institucionalizado, estabelecendo, por meio de decisões judiciais, incentivos para determinados comportamentos positivos dos atores políticos.

Assim, embora concordemos se afigure excessivo o julgamento do mérito / conteúdo do projeto de lei da forma que o senador Rodrigo Rollemberg gostaria que ocorresse (e que, na verdade, ocorreu com a decisão monocrática do ministro Gilmar Mendes concedendo a liminar), como entendeu a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança n. 32.033/DF, é necessário reconhecer, à luz da corrente doutrinária que suporta a visão complexa de processo legislativo, que a postura dos juízes deve ser um contraponto às distorções dos trâmites legislativos que conduzem à formação da vontade popular.

Noutros termos, a atitude do Poder Judiciário deve caminhar no sentido de que o processo legislativo possui dimensão material que excede o mero encadeamento de atos formais, constituindo verdadeiro mecanismo de legitimidade do exercício do poder em sociedades complexas, cujo nível de *accountability* e proximidade com a esfera de decisões é cada vez maior.

Pelo exposto, acreditamos que a combinação das visões estudadas neste tópico provém uma resposta apropriada e completa para o problema que nos propusemos a estudar, resposta essa que detalharemos a seguir em nossa conclusão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluimos que é extremamente importante que nos preocupemos com uma interferência adequada do Poder Judiciário no espaço de deliberação legislativa. O controle de constitucionalidade, se não for cuidadosamente exercido, pode dar ensejo a que os juízes façam prevalecer, em certas ocasiões, suas opiniões políticas sobre as da representação popular.

A pretexto de interpretar a Constituição, os juízes podem retirar a validade de leis que desagradam às suas convicções e preconceitos. No Brasil, por exemplo, a utilização do princípio da isonomia tem permitido que sejam invalidadas inúmeras leis, com os mais diversos conteúdos, visto que a expressão dá margem a muitas interpretações.

Por outro lado, é imprescindível para a democracia que o Poder Legislativo tenha um papel decisivo no que tange ao estabelecimento do Direito. Sem isso, a liberdade e a igualdade – valores básicos da democracia, conforme o entendimento de Ronald Dworkin⁹⁹ – estariam ameaçadas.

Isso porque o Congresso Nacional é um dos principais espaços de pluralização de debates, de construção da opinião pública e de deliberação democrática, sem as quais um regime democrático não existe.

Uma democracia não pode tirar as decisões mais importantes do país das mãos do povo e os parlamentares são, inegavelmente, os representantes do povo, por mais que se alegue que essa representação é deficitária. Eles são eleitos, os juízes não, e isso traz sim algumas implicações relevantes num regime democrático.

Assim, uma interferência demasiadamente acentuada do Judiciário no espaço de deliberação legislativa prejudica o exercício da função típica do Legislativo, pois é dever-poder das Casas Legislativas estabelecer um debate profícuo e real – sem teatralidades, sem “faz de conta” –, com argumentos e contra-argumentos coerentes e sinceros, que despertem a necessidade de uma profunda reflexão e discussão sobre os temas de interesse da sociedade em geral.

Entretanto, é inegável que existe uma garantia constitucional de que seja respeitado um certo procedimento para criação de leis e emendas: o devido processo legislativo. Desse modo, é essencial também que seja assegurado o respeito ao devido

⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*. Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2006.

processo legislativo, enquanto garantia constitucional de procedimentos dada a todos os cidadãos, cuja violação justifica a interferência do poder Judiciário.

Isto é, a partir do momento em que há um desrespeito a esse devido processo legislativo, o Poder Legislativo – que, por essência, situa-se na esfera da política – entra na esfera do Direito, o que faz com que seja necessária uma atuação por parte do Poder Judiciário a fim de coibir esse abuso. Em outros termos, o Judiciário é responsável pela proteção do Direito – garante que ele seja cumprido – e a violação a uma norma / regra de Direito desperta sua atuação.

Quanto aos Regimentos Internos, a Constituição é o parâmetro, mas eles a pormenorizam, fazendo igualmente parte do devido processo legislativo. Dessa forma, a interpretação dos regimentos também não pode ser abusiva, ou seja, não pode ser feita de modo a manipular o sentido dos dispositivos, em dissonância com o que determina a Constituição.

Como dissemos na introdução deste trabalho, o processo legislativo limita tanto o Legislativo quanto o Judiciário: “as garantias democráticas tem dois lados. Por um lado, elas obrigam o Legislativo a respeitar os procedimentos consagrados pela Constituição ao mesmo tempo em que obrigam o Judiciário a zelar pelo devido processo legislativo. Por outro, elas garantem que o Legislativo tenha um certo espaço, longe da interferência dos outros Poderes, para que possa legislar. Isto é, a garantia do devido processo legislativo também assegura a liberdade do Legislativo para tomar decisões / criar leis e emendas, desde que respeitados os procedimentos”. Dessa forma, o devido processo legislativo limita o Judiciário, no sentido de este estar limitado pela própria liberdade que é garantida ao Legislativo.

Concluimos, ainda, respondendo a seguinte pergunta: de onde vem a legitimidade dos juízes? A legitimidade dos juízes vem justamente da coerência dos argumentos utilizados em seus discursos. Ou seja, da postura compromissada com a integridade do Direito pregada por Ronald Dworkin. Como vimos, o controle de fato pode ser um problema, porque pode se tornar antidemocrático. Por isso exige uma postura do juiz.

Se os juízes de nosso país tiverem essa postura, se conseguirmos ter essa experiência institucional, não precisaremos nos preocupar com uma interferência exacerbada do Judiciário no Legislativo, pois ela fará com que os juízes cheguem sempre a única resposta correta para o caso que se colocar diante deles e assim respondam, adequadamente, se há ou não necessidade de interferência e até onde ela deve ir.

Em outras palavras, não há fórmulas nem métodos mágicos, não há como dizer que em tais e tais casos o Judiciário tem que interferir e em tais e tais casos não. Só as peculiaridades do caso concreto – perceber o que cabe, o que é adequado a cada circunstância – podem justificar ou não essa interferência e, por sua vez, só uma postura verdadeiramente compromissada com a integridade do Direito por parte dos juízes pode fazer com que se alcance a única resposta correta para essa pergunta.

Assim, em consonância com o pensamento de Marcelo Cattoni exposto no capítulo 3, temos que nos preocupar com que o Supremo Tribunal Federal tenha “coerência, por um lado, e o senso de adequabilidade, por outro, necessários para a realização daquilo que Ronald Dworkin chama Integridade e que é própria de um efetivo Estado Constitucional”¹⁰⁰.

Em síntese, o controle de constitucionalidade do processo legislativo em sede de mandado de segurança é possível num Estado Democrático de Direito, cuja organização político-institucional é regida pela separação dos Poderes, desde que os ministros do Supremo Tribunal Federal tenham essa postura compromissada com a integridade do Direito e que, desse modo, com diz Dworkin, suas decisões sejam uma questão de princípio, não de estratégia ou acomodação política.

No caso que nos propusemos a estudar neste trabalho, o do Mandado de Segurança n. 32.033/DF, acreditamos que a decisão final do Supremo Tribunal Federal pela não interferência na tramitação do Projeto de Lei n. 4.470/2012 (Câmara dos Deputados), atual Projeto de Lei n. 14/2013 (Senado Federal), deu ao caso sua única resposta correta. Acreditamos que os argumentos utilizados pelo ministros vencedores em seus discursos foram coerentes e que realmente as peculiaridades do caso não justificavam uma interferência do Legislativo tão acentuada quanto a de determinar a suspensão da tramitação do projeto de lei, conforme ocorreu com a decisão liminar do ministro Gilmar Mendes.

Em consonância com o que expusemos anteriormente, acreditamos que não ficou demonstrado que houve desrespeito aos procedimentos legislativos, mas que o projeto de lei é claramente inconstitucional no mérito. Apesar de o ser, concluímos que viola a separação dos Poderes e o regime democrático uma interferência que, para ser justificada, precisa entrar tanto no conteúdo do projeto de lei e que, se fosse concretizada, impossibilitaria que o Legislativo – que é o espaço por excelência de deliberação dos interesses do povo – discutisse o tema.

¹⁰⁰ CATTONI, Marcelo. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional das leis e do processo*. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. Pág. 51.

Por fim, resta a pergunta: e quem controla o controlador? A rua, o espaço público! Devemos elaborar mecanismos que garantam que o interesse geral da sociedade sempre prevaleça, sem descuidar que a preservação dos direitos das minorias é uma parte essencial desse interesse geral. Por isso a grande importância da sociedade civil e de suas organizações, que estudamos com Leonardo Avritzer¹⁰¹.

Nós, como cidadãos, temos que nos preocupar com os argumentos utilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal e por todos os outros magistrados do nosso país e, mais, com a forma como eles são construídos (não só no Mandado de Segurança n. 32.033, mas em todos os casos que eles apreciarem) e com a mentalidade que guia os raciocínios. Só assim poderemos controlar o controlador e garantir que não haja violações à separação dos Poderes e ao regime democrático.

¹⁰¹ AVRITZER, Leonardo. *Sociedade Civil e Democratização*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1994.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Obras:

ACKERMAN, Bruce. *The New Separation of Powers*. Harvard Law Review, 2000.

AVRITZER, Leonardo. *A moralidade da democracia: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática* / Leonardo Avritzer. São Paulo: Perspectiva; Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1996. – (Debates; 272).

_____. *Sociedade Civil e Democratização*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1994.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo Legislativo como discurso de justificação do direito: uma investigação sobre a circulação social do poder político na teoria discursiva do direito e da democracia*. 2006. 211 f. Dissertação (mestrado) - Universidade de Brasília.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A Sanção no Procedimento Legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

_____. *A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição*. In: Fórum Administrativo. Ano I. Nº 1. Belo Horizonte: Forum, março de 2001.

CATTONI, Marcelo. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional das leis e do processo*. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

Dworkin and his critics: with replies by Dworkin / edited by Justine Burley. p. cm. – (Philosophers and their critics; 11). Blackwell Publishing, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*. Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2006.

_____. *Justice in Robes*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

_____. *Levando os Direitos a Sério* / Ronald Dworkin: tradução Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. – (Biblioteca Jurídica).

_____. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *The Concept of Unenumerated Rights. Unenumerated Rights: Wheter and How Roe Should be Overruled*. The University of Chicago Law Review, Vol. 59. No. 1, The Bill of Rights in the Welfare State: A Bicentennial Symposium. (Winter, 1992), pp. 381-432.

_____. *Uma Questão de Princípio* / Ronald Dworkin: tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. – (Justiça e direito).

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

Limites do Controle de Constitucionalidade. Organização e Introdução de Antonio Carlos Alpino Bigonha & Luiz Moreira. Coleção ANPR de Direito e Democracia. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisdicional na “sociedade órfã”*. In: Novos Estudos nº 58 (novembro de 2000).

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PICKERILL, J. Mitchell. *Constitutional Deliberation in Congress. The Impact of Judicial Review in a Separated System*. Duke University Press. Durham & London. 2004.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. 35 ed. rev. e atual. Malheiros Editores, 2011.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2000.

_____. *Weak Courts, Strong Rights*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

_____. *Why the Constitution Matters*. New Haven: Yale University Press, 2010.

WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação* / Jeremy Waldron; tradução Luís Carlos Borges; revisão da tradução Marina Appenzeller. São Paulo: Martins Fontes, 2003. – (Coleção justiça e direito).

_____. *A Essência da Oposição ao Judicial Review*. In BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luis (Org.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

_____. *Law and Disagreement*. Oxford Uk Print, 1999.

_____. *The Core of The Case Against Judicial Review*. Yale Law Journal. vol. 115, 2006.

Sítios eletrônicos:

<http://www.stf.jus.br>.